مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

موسوعة الفقه المعاصر

سلسلة فقه الطب (1)

نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الاحياء

بين الشريعة والقانون

إعداد

د. إبراهيم الحسين إبراهيم   أ.د. أحمد جابر بدران

نقل وزرع

الأعضاء البشرية بين الاحياء

بين الشريعة والقانون

إعداد

إبراهيم الحسين إبراهيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

بطاقة

فهرسة

"مؤسسة فكرية إسلامية"

فهرسة النشر إعداد- هيئة

المصرية العامة

لدار الكتب والوثائق القومية-

إدارة الشئون الفنية

للناشر

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

مدير المركز: الدكتور أحمد جابر بدران

الطبعة الأولى

2013 - 1434

إبراهيم الحسين إبراهيم

عنوان المصنف: نقل وزرع الإعضاء البشرية بين الإحياء– دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون.

المؤلف: إبراهيم الحسين إبراهيم

اسم الناشر: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

ط1– القاهرة – مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية 1434 – 2013

مج1 17 × 24

رقم الإيداع 15778 / 2013

.

.

الإخراج الفني: منى حامد

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

مؤسسة فكرية إسلامية

تأسست سنة 1996 – القاهرة

جمهورية مصر العربية- 7 ش نوال متفرع من شارع وزارة الزراعة

العجوزة- الجيزة

E-mail : CLES1996@yahoo.com

D_AhmedGaber@yahoo.com E- mail:

بسم الله الرحمن الرحيم

{هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ} [الزمر: 9]

صدق الله العظيم

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله الواحد الأحد، الفرد الصمد، الذي له الحكم كله، والأمر كله، والخلق كله، هو رب العباد وخالقهم وإلههم، يحكم فيهم بحكمه، ويقضي فيهم بقضائه، ولا معقب لحكمه، ولا راد لقضائه، ولا مبدل لأمره، سبحانه ما أعظمه وأحلمه وأكرمه.

والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء، وسيد الأصفياء، وإمام العلماء، وأكرم من مشى تحت أديم السماء، سيدنا محمد نبي الرحمة، وخير نبي بعث إلى خير أمة، أرسله الله بشراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، الذين لم يرضوا بشريعة الله بديلاً، ورضوا بحكم الله الذي جاءهم عن الله ومصطفاه، فاستقاموا على الحق، واعوجوا عن الباطل... أما بعد،،،

فالحمد لله الذي اختار لنا الإسلام شرعةً ومنهاجاً، وجعله خاتماً لجميع الأديان والشرائع، وجعله -دون غيره- منظماً لأمور الدين والدنيا، صالحاً لإسعاد البشرية في جميع الأزمنة والأمكنة، سبحانه وتعالى جعل الدعوة إلى التوحيد قوام الرسالات السماوية منذ بدء الخليقة،

فكلما زاغ الناس عن التوحيد وانحرفوا عن تعاليم رسولهم -لتقادم العهد- تفضل سبحانه وتعالى بإرسال رسول رحمة بهم؛ ليردهم إلى التوحيد، وليعالج بعض ما فشا فيهم من آثام ومفاسد.

ولما أن نضج عقل الإنسان وتهيأت البشرية لتلقي الرسالة الخاتمة كان من رحمة الله سبحانه وتعالى أن يجعلها شاملة لخيري الدين والدنيا، وأرسل بها سيدنا محمداً بن عبد الله ﷺ خاتم الأنبياء رسولاً للناس كافة في زمانه ولمن يأتي بعدهم إلى يوم الدين: {مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ}[الأنعام: 38].

ولما سبق في علم الله سبحانه وتعالى من أن مصالح العباد قد تختلف في زمان عن زمان، وفي مكان عن مكان، تضمن الكتاب والسنة القواعد الأصولية، فحد الحدود، وحلل الحلال، وحرم الحرام، وترك ما وراء ذلك لاجتهاد العقل البشري وفق مصالح الجماعات باختلاف الأزمنة والأمكنة؛ رحمة بعباده، ورعاية لمصالحهم، ورفعاً للحرج عنهم. قال تعالى: {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}[الحج:78]، وقال سبحانه: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ}[البقرة:185].

فكانت الشريعة الإسلامية الغراء التي بفضلها تجمعت للأمة أسباب الوحدة والإخاء، وبفضلها أيضاً تبقـى تلك الوحدة كما كانت في الماضي؛ فالشريعة الإسلامية هي التي صاغت حضارة الأمة، وجعلت لها شأناً ومجداً منذ أكثر من أربعة عشر قرناً.

ولقد نجحت الشريعة الإسلامية في صياغة الضمير البشرى وتهذيبه على نحو نادر وفريد، وهذا نجده جلياً في قصة ماعز ﷺ؛ حينما أنبه ضميره وخوفه من الله حينما وقع في الزنا، فجاء إلى النبي ﷺ فطلب منه أن يطهره، فأمر به ورُجِمَ، وقال: «استغفروا لماعز بن مالك لقد تاب توبةً لو قسمت بين أمة لوسعتهم».

وفي مجال المعاملات تجد نفس الروح الإسلامية العالية والضمير الحي اليقظ؛ فمما يؤثر أن أبا حنيفة ﷺ بعث بمتاع إلى حفص بن عبد الرحمن -شريكه في التجارة-، وأعلمه أن في ثوب منه عيباً فباع حفص المتاع، ونسي أن يبين للناس، واستوفى ثمنه كاملاً؛ لثوب غير كامل، وقيل أن الثمن كان بثلاثين ألفاً، أو خمسة وثلاثين ألفاً، فأبى أبو حنيفة إلا أن يبعث لشريكه يكلفه أن يبحث عن المشتري، ولكنه لم يهتد إلى الرجل، فأبى أبو حنيفة إلا فصالاً من شريكه، ورفض أن يضيف ثمن الثوب إلى ماله، وتصدق به.

وبهذا الضمير الحي الذي رباه الإسلام اكتسب التشريع الإسلامي قوة على غيره من القوانين الوضعية التي ليس لها تأثير في نفوس الناس؛ كما كان عليه التشريع السماوي.

وإن ما يحدث في المجتمعات التي انحرفت عن الإسلام وأعرضت عن شريعته من انعدام الأمن والاستقرار وانتشار الجرائم، لخير شاهد على صدق الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، وصدق الله العظيم إذ يقول: {وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ}[المائدة: 50].

وقد غدا تطبيق الشريعة الإسلامية مطلباً لا يمكن إنكاره، وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد تعرضت -ومازالت- لتعطيل بعض بل كثير من أحكامها الرئيسية، فإن الصحوة الإسلامية التي نحياها اليوم هي إعلان بتأكيد مبدأ المطالبة بتطبيق الشريعة وتحكيم كتاب الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ واتخاذ مبادئه منهجاً في الحياة، وطريقاً للخلاص من التخلف والإفلاس الحضاري.

وحتى لا يصبح مفهوم "تطبيق الشريعة الإسلامية" شعاراً ملتبساً على الكثيرين -خاصة المعنيين بهذا الأمر-، وحتى لا تضيع المفاهيم في معترك القراءات القاصرة أو الخبيثة أو العاطفية لتطبيق الشريعة الإسلامية دون فهم لحقيقة الإسلام، أو إدراك لواقع الأمة، كان لابد من نقل الموضوع من عالم المقاصد إلى عالم الواقع، وهذا ما قام به "مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية" من خلال تنفيذه لعدد من المشروعات، منها "سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي" المتمثلة في "شرح الأحوال الشخصية"، و"قانون العدل والإنصاف في معرفة مشكلات الأوقاف"، و"شرح مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان".

و"سلسلة المقارنات التشريعية بين المذاهب الفقهية والقانون المدني الفرنسي" للشيخ مخلوف المنياوي والشيخ عبد الله حسين والمرحوم قدري باشا.

وانطلاقاً من هذه السلسلة وغيرها تبنى المركز مشروع علمي كبير وضخم أعده العالم الجليل الأستاذ الدكتور "جمال الدين عطية"(1) تحت عنوان "موسوعة الفقه المعاصر"، وقد أوضح في مذكرة المشروع أن بدء التأليف في الفقه الإسلامي بالأسلوب المعاصر يرجع إلى بدايات القرن العشرين مع نشأة مدرسة القضاء الشرعي، ثم اشتغال بعض أساتذتها بتدريس الشريعة الإسلامية في الجامعة المصرية -جامعة القاهرة حالياً-، واتجاه بعض المبتعثين إلى جامعات فرنسا للكتابة باللغة الفرنسية عن بعض موضوعات الفقه الإسلامي تحت إشراف الاستاذ لامبير، عميد مدرسة الحقوق الخديوية -كلية الحقوق جامعة القاهرة- ومؤسس علم القانون المقارن.

وقد تلى ذلك اهتمام الجامعات المصرية ومعظم الجامعات العربية باختيار موضوعات من الفقه الإسلامي كموضوعات لرسائل الماجستير والدكتوراه، ودراستها دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية المحلية والأوروبية.

وبحكم طبيعة الدراسة المقارنة لم تقتصر على مذهب فقهي واحد، بل ولم تقتصر على مذاهب السنة، بل شملت مذاهب غير السنة، وكذلك آراء فقهاء ما قبل المذاهب.

---

(1) أ.د. جمال الدين عطية- مؤسس المصرف الإسلامي لكسمبورج والمستشار الأكاديمي للمعهد العالمي للفكر الإسلامي ، أستاذ زائر بكلية الشريعة قطر- مدير مشروع معلمة القواعد الفقهية مجمع الفقه الإسلامي، صاحب الامتياز ورئيس تحرير مجلة المسلم المعاصر.

وتركز الاهتمام على الموضوعات المستحدثة التي تحتاج إلى اجتهاد معاصر خاصة بصورة جماعية بواسطة مؤتمرات متخصصة ومجامع فقهية، ونتج عن ذلك ثروة فقهية وقانونية واسعة، لكنها مشتتة لا يجمعها جامع، حتى أن الموسوعات الفقهية المعاصرة لم تحرص على ضمها إلى أبحاثها، واقتصرت على مذاهب السنة الأربعة، أما آخرها "معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية"، فرغم عنايتها بالقواعد الفقهية والمقاصدية، إلا إنها اقتصرت في مجال المسائل المستحدثة على إيراد بعض التطبيقات المعاصرة، لما تناولته من قواعد.

وغني عن البيان الإشارة إلى أهمية ظهور "موسوعة الفقه المعاصر" بين يدي مرحلة تقنين الفقه التي بدأت تطل علينا تباشيرها مع قيام الثورات العربية ذات التوجه الإسلامي والتي ستكون بحاجة إلى هذه الثروة الفقهية؛ لتغترف من بين الآراء والدراسات التي تحتويها هذه الموسوعة مادة للتقنينات المختلفة التي تهم الأمة الإسلامية.

ويمكن أن نحدد أوجه التجديد والمعاصرة التي نبتغيها في الموسوعة التي نحن بصدد الحديث عنها في عدد من الملامح، نكتفي هنا بإشارة موجزة إلى أهمها:

تقديم اجتهادات جديدة في المسائل القديمة، والمسائل المستحدثة.

ربط الأحكام بعضها ببعض، وربط الاحكام الجزئية بالمقاصد الكلية للشريعة.

توضيح الأحكام الشرعية الضابطة لكل علم من العلوم الطبيعية والإنسانية والاجتماعية.

الاهتمام بالرجوع إلى كتب التراث الخاصة بالنوازل والفتاوى والاقضية، وإلى الكتب الفقهية المعاصرة سواء لكبار الأساتذة، أو لبحوث الماجستير والدكتوراه، وبحوث المؤتمرات والمجلات العلمية والمجامع الفقهية.

بث الروح في الكتابات الفقهية؛ بربطها بالعقيدة ومقاصد الشريعة والأخلاق والآداب الشرعية -ما أمكن- بما يزيل جفاف المادة الفقهية ويخفف من الشكليات والاهتمام الزائد بالاركان والشروط والتعريفات والآثار وغير ذلك.

إجراء دراسات مقارنة بين المذاهب الأربعة السنية والظاهري والجعفري والزيدي والاباضي وآراء المجتهدين الذين اندثرت مذاهبهم، ومناقشة الأدلة التي يستند إليها كل مذهب.

شمول المقارنة للقوانين الوضعية من مختلف الأنظمة القانونية على مستوى العالم والحلول التي اختارتها تقنينات الدول الإسلامية.

الاهتمام بالجانب التنظيري من الناحية الكلية كنظرية عامة للشريعة، ومن الناحية الجزئية في مقدمة كل قسم وكل باب بل كل فصل ما أمكن ذلك.

تصنيف المادة الفقهية تصنيفاً جديداً يراعي الوزن النسبي لمختلف الأقسام والأبواب حسب أهميتها والحاجة إليها، وعدم الاقتصار على التصنيف العام، وإنما الوصول إلى ثلاثة أو أربعة مستويات على الأقل، وعمل فهارس بالمصطلحات التراثية والحديثة.

تيسير وتبسيط فهم الفقه من حيث اللغة والمصطلحات، والتوسط بين الإيجاز المخل والاطناب الممل، والاستعانة بوسائل الإيضاح المختلفة.

ربط الفقه بالواقع سواء من حيث استبعاد المباحث والأمثلة التي لم تعد موجودة في حياتنا، أو من حيث عرض الأحكام لما استجد من وقائع، واستعمال المقادير المتداولة حالياً بدلاً من المقادير الغير مستعملة.

وتنقسم "موسوعة الفقه المعاصر" إلى أكثر من ثلاثين قسم تتضمن أقسام الفقه القديمة كالطهارة والصلاة والزكاة و ... إلخ، وتضاف إليها الأقسام الجديدة التي استحدثت والتي تلقى منا أهمية خاصة مثل، فقه الطب، فقه الإعلام، فقه البيئة، فقه الفنون، الشريعة التاريخ والنظرية، مقاصد الشريعة والقواعد والضوابط، حقوق الإنسان وواجباته، الضوابط الشرعية للعلوم.

فالتراث العلمي الكبير الذي تركه لنا علماء الأمة على مدار الخمسة عشر قرناً الماضية مفخرة كبيرة تحتاج من أهل العصر تحليلها بعناية واحترام، وإضافة أشياء كثيرة استجدت في عصرنا الحالي.

وعلم الطب من العلوم الدنيوية المهمة التي تحتاجها البشرية جمعاء؛ حيث بتعلمه وتعليمه وممارسته تُدفع الأسقام والأمراض والأوجاع، وتتحقق به الصحة للإنسان.

ولما كانت الشريعة الإسلامية قائمة على جلب المصالح ودرء المفاسد والمضار، ودفع الحرج والمشقة في التكاليف التي جاءت بها، فإنها راعت حاجة الإنسان للتداوي والمعالجة، وأباحة تعلم الطب واستخدامه بما يحقق حفظ النفس البشرية، والتي يشكل حفظها مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية.

بل إن الإسلام حث على تعلم الطب وتعليمه، واعتبره بعض العلماء والفقهاء من أهم العلوم، قال الإمام الشافعي رحمه الله: "لا أعلم علماً بعد الحلال والحرام أنبل من الطب"(1)، وقال أيضاً: "صنفان لا غنى للناس عنهما: العلماء لأديانهم، والأطباء لأبدانهم"(2).

ولذلك ذكر بعض العلماء أنه من فروض الكفاية التي تأثم الأمة إذا فرطت في تعلمه. وقال الإمام النووي -رحمه الله-: "وأما العلوم العقلية، فمنها ما هو فرض على الكفاية، كالطب والحساب والمحتاج إليه،

---

(1) الطب من الكتاب والســـنة، موفق الدين عبد اللطيف البغدادي، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1406هـــ، ص187.

(2) المرجع السابق، ص179.

وقسمة الوصايا والمواريث". وقال الإمام الغزالي: "ولا يستبعد عد علم الطب والحساب من فروض الكفاية، فإن الحرف والصناعات التي لابد للناس منها في معايشهم كالفلاحة فرض كفاية، فالطب والحساب أولى"(1). وقال الإمام الشاطبي -رحمه الله-: "وحاصل الثاني -أي فرض الكفاية- إقامة الأود(2) العارض في الدين والأهل"(3).

وقد صنف طائفة من فقهاء الإسلام بعض المصنفات في الطب، كالإمام ابن القيم في كتابه "الطب النبوي"، حيث يشعر قارئه أنه أمام طبيب بارع، يفصل العلل والأمراض، ويشخصها تشخيصاً دقيقاً، مستهدياً بأصول الشريعة وأدلتها، ذاكرا هدي النبي ﷺ في الطب والمداواة والمعالجة.

ولا أدل على ذلك من أن المحدثين -رحمهم الله- قد أفردوا للطب باباً مستقلاً ذكروا فيه الأحاديث النبوية الدالة على مشروعية التداوي والمعالجة، كالبخاري ومسلم في صحيحيهما، وكذلك فعل أصحاب السنن.

---

(1) روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف الدين النووي، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط2، 1985م، ج10، ص223.

(2) الأود: الجهد والمشقة والثقل.. والمقصود هنا: دفع الحاجة الناتجة عن إقامة الدين وصلاح أهله، وعلم الطب منها.

(3) الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، شرح الشيخ عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج1، ص160.

وأحكام الطب وأنظمته يجب أن تخضع لحكم الله كغيرها من الأحكام والمعاملات، لقوله تعالى: {إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ}[الأنعام:57].

وعلم الفقه الطبي علم جديد نسبياً، ولا يحتاج في تأصيله إلى مجرد النقل، بل لابد من التحليل والنقد والتأمل وابتكار قواعد ضابطة تماماً كما فعل الأسلاف مع مستجدات عصرهم. وهو علم يحتاج لإعادة صياغة بالكامل.

وفي هذا السياق يسر "مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية" أن يزف إلى جميع المهتمين بهذا العلم، باكورة "موسوعة الفقه المعاصر - سلسلة فقه الطب"، للباحث إبراهيم الحسين إبراهيم، ونبدأ هذه سلسلة لفقه الطب بموضوع "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون".

ويعتبر هذا الموضوع من أشهر التطورات العلمية التي سادت في العصر الحديث في مجال الطب، وأثار اهتماماً واسعاً في مختلف المحافل الطبية والدينية والقانونية والاجتماعية ...، وامتدت آثاره لتنعكس على الإنسان نفسه وتصرفه في جزء من جسده بالبيع أو التبرع؛ لذا وقع اختيار القائمين على المركز لهذا الموضوع ليبدأ من خلال الاعتماد لموسوعة الفقهة المعاصر "سلسلة فقه الطب".

وأهمية القضية ترجع أولاً إلى تحولها من تبرع للانتفاع، إلى تجارة غير قانونية لها بواعثها وأصولها وممارستها، فقد بدأت بوازع إنساني، وانتهت إلى عمليات سطو على الجسد تمارسه عصابات متخصصة، وسلعة تخضع لمؤشرات السوق العالمي، وأسعارها تحددها منظمات ومافيا دوليه، يعمل فيها علماء وأطباء ولصوص...

ومن هنا يثار تساؤل: هل من حق الإنسان أن يتصرف بجزء من جسده بالبيع أو التبرع أو حتى الوصية؟. وهل هذا الجسد الذي خلقه المولى عز وجل وأحسن صورته وأعطاه لعبده أمانة ليحافظ عليه، ملكاً للإنسان من حقه أن يتقاضى عنه مقابل أو خطاب شكر؟. وهل يشكل استئصال عضو من أعضاء الإنسان مساسا بتكامله الجسدي؟. وهل يقع الطبيب الجراح الذي أجرى هذه العملية تحت طائلة القانون؟. وهل الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية تبيح مثل هذه العمليات؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات وغيرها يأتي هذا الكتاب الذي بين أيدينا، وهو عبارة عن دراسة قيمة وضعها الباحث إبراهيم الحسين إبراهيم لينير بها الطريق أما الرأي العام للعلم والمعرفة والتفقه في أمور الشريعة والقانون بخصوص نقل وزرع أعضاء الإنسان.

وقد جاء هذا الكتاب في خمسة فصول، بالإضافة إلى فصل تمهيدي بعنوان: "بين الشريعة والقانون" جاء الحديث فيه عن التعريف بالشريعة الإسلامية ثم بالقانون الوضعي، ثم عقد مقارنة بينهما.

أما الفصل الأول: "حماية حجم الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" فقد تناول الباحث فيه الجسم الإنساني وحمايته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ثم عقد مقارنة بين الشريعة والقانون من خلال نظرتهما إلى العضو البشري.

وفي الفصل الثاني: "الأسس الشرعية القانونية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية" عرض الباحث للأسس الشرعية والقانونية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فتعرض للباحث للأساس الشرعي والقانوني لإباحة العمليات الطبية على جسم الإنسان، ثم تناول حالة الضرورة لنقل وزرع الأعضاء البشرية. وكذلك نظرية المصلحة الاجتماعية. ولم يترك الباحث الحديث عن موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ثم تناول الباحث موضوع "الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإحياء" في الفصل الثالث، فتناول الشروط الطبية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذلك الشروط القانونية. وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والنظام العام والآداب العامة.

وفي الفصل الرابع: تحدث الباحث عن موضوع "مسئولية الطب في نقل وزرع الأعضاء".

حيث تحدث عن التزام الطب تجاه المريض من خلال التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة للمريض والتزام الطب بتحقيق نتيجة إيجابية والتزام الطب في عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الإحياء وكذلك خطأ الطبيب والقدر الناتج عن خطأ الطبيب ورابطة السببية بين خطأ الطبيب والقدر الناتج عن القواعد الشرعية والقانونية.

أما الفصل الخامس (المستجدات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء البشرية) فقد خصصه الباحث للمستجدات الحديث التي طرأت على مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فتناول موضوع نقل الأعضاء إلى الأحياء من الموتى دماغياً، مبيناً نظرة الشريعة والقانون للموتى دماغياً. كما تناول موضوع استئجار الأرحام كنوع من أنواع التنازل عن عضو من الأعضاء البشرية، ثم تناول موضوع تجميد البويضات والحيوانات المنوية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي كصورة كذلك من صور بيع الأعضاء البشرية.

وأختتم الباحث دراسته بخاتمة وبعض الملاحق لعدد من القوانين والفتاوى المتعلقة بنقل الأعضاء وزرعها.

وفي الختام: لقد أصبح من الأهمية الكبرى لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التعاون بين رجال الشريعة والقانون وإظهار التعاون في مجال الطب حتى توضع في اطارها الشرعي والقانوني السليم مما يحقق سعادة للبشرية ولا يطغي ذلك التقدم العلمي على مصالح البشرية. ولابد لنا في النهاية أن نوضح أن سلسلة فقه الطب قد بدأت بموضوع كتابنا هذا ثم يلي ذلك سلسلة أبحاث جديدة في فقه الطب في إطار الشريعة، والقانون وحقوق الإنسان إن شاء الله.

والله نسأل أن يكون عملنا هذا صالحاً، ولوجهه الكريم خالصاً

ونستغفر الله من كل زلل وقع

والحمد لله أولاً وآخراً

أ.د. أحمد جابر بدران

مدير مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير خلق الله على الإطلاق، اللهم صلي وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه وأزواجه أمهات المؤمنين الطيبات الطاهرات، وعلى كل من تبعه بإحسان إلى يوم الجمع والتلاق. أما بعد،،،

فإن الله تبارك وتعالى أنزل القرآن العظيم تبياناً لكل شيء، وتفصيلاً لكل أمر، قال تعالى: {وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَاناً لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ}[النحل:89]. وبلغ رسوله الأمين ﷺ أتم تبليغ على الوجه الذي به أمر.

ومن هنا كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، تحقق مصالح العباد، وتدرأُ عنهم المفاسد والمضار، وإن الفقه الإسلامي ليضطلع بالمسئولية العظمى، والأمانة الكبرى في بيان الأحكام الشرعية مشفوعة بأدلتها التفصيلية، الموضحة لحكم الله في معايش الناس وحياتهم؛ بما سخر الله لهذا الدين من علماء وفقهاء أجلاء، حفظوا للناس هذا الميراث الكريم، وبلغوه على وجهه أتم تبليغ.

وإن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس البشرية من كل سوء يمسها أو ضرر يحيق بها بكل وسيلة تحقق حفظها وسلامتها.

كما بينت لنا الشريعة الإسلامية أن الإنسان كرمه الله سبحانه وتعالى على سائر المخلوقات، وسخر له ما في الأرض جميعاً، وأسبغ عليه نعمة ظاهرة وباطنة، فيقول في محكم آياته: {وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا}[إبراهيم:34].

والجسم الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان، ويعتبر من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديساً، ولا يجوز أن يكون محلا لأي إتفاق إلا من أجل صيانته أو حفظه، وعلى نحو يعد المساس به انتهاكاً لحرمة أو معصومية الكيان الجسدي للإنسان.

وتحقيقاً لذلك تعتبر حرمة الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على السواء؛ إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة، ونظراً لهذه الأهمية البالغة كان حق الإنسان في سلامة جسمه من أول الحقوق التي تحرص التشريعات كافة على حمايتها من الاعتداءات التي تقع عليها.

وعلى الرغم من أن تطور فن الطب يطالعنا بمظاهر جديدة قد تبدو وللوهلة الأولى دخيلة على النظام القائم، إلا أن طبيعة هذا الفن الطبي قد أثارت الجدل لدى فقهاء الشريعة والقانون والطب، وذلك عندما تصطدم هذه القواعد بالاعتبارات الإنسانية والمفهوم الجديد للعلاقات الاجتماعية، لاسيما عندما تمس هذه الاعتبارات والعلاقات حياة الإنسان أو عضو من أعضاء كيانه المادي المتمثل في جسده، ويثور التساؤل حينئذ حول مدى إعمال قواعد المسؤولية؟، أم أن خدمة العلم والإنسانية تستدعيان تعطيل هذه القواعد حتى وإن نجم عن هذا العمل نقص في قدرة ونشاط هذا الشخص الذي يمارس عليه هذا الفن؟.

وتعد عمليات "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء" من أشهر التطورات العلمية التي سادت في العصر الحديث في مجال الطب، إلا أنها أصبحت تثير الجدل أمام رجال الشريعة والقانون، وتثير مجالاً للبحث في مجال المسؤولية الجنائية والمدنية عن الأعمال الطبية والجراحية؛ فإذا كان القانون يبيح للطبيب إجراء جراحة لشخص وانتزاع عضو من أعضاء جسمه إذا اقتضت الضرورة ذلك لانقاذ حياته -أي في حالة ما إذا كان بقاء العضو دون اقتطاع في جسد المريض يمثل ضررا مؤكدا- فإنه لا جدال في أن هذا الحق المقرر للطبيب في مباشرة العمليات الجراحية لا يصلح أساسا قانونيا لإباحة الافعال التي تؤدي إلى انتقاص عضو من أعضاء الجسم لغرض آخر،

فإذا كانت المشكلة لا تثار في حالة استقطاع عضو من مريض لإنقاذ حياته أو في حالة المريض الذي يتلقى العضو المنتزع من جسم الغير -والذي يعد عملا علاجيا بالنسبة له يعترف به القانون ويبيحه-، فإن المشكلة تكون بالنسبة للعمليات الجراحية التي يقوم بها الطبيب باستقطاع عضو صالح من إنسان سليم لزرعها في جسم إنسان آخر مريض؛ ذلك أن فعل الطبيب أو الجراح يجب أن ينصب على جسم المريض ذاته لا على جسد الغير، فالشخص الذي نقل منه العضو لا يتلقى أي علاج من الطبيب إنما يتحمل الآلام والمخاطر من أجل علاج الغير.

ومن ثم فإن المساس بمادة جسم الإنسان يقع تحت طائلة التجريم مالم يتوافر سبب من أسباب الإباحة يضفي المشروعية على هذا الفعل.

والأمر في عمليات "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء" إنما يمس حقا من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، وهو حقه في الحياة وفي تكامله الجسدي.

فجسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية، وهو محل الحق في سلامة الجسم، والحق في سلامة الجسم هو من الحقوق الشخصية التي يصونها المجتمع لكل فرد من أفراده. ولذلك يقرر المشرع الحماية الجنائية لحق الإنسان في سلامة جسده.

لذا فمشروعية عمليات "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء" تستند إلى مبدأ الحرية المطلقة لسلامة الجسد، وعدم تعارضها مع قواعد النظام العام والآداب العامة السائدة في المجتمع، وإذا كانت هذه الأعمال لا تخالف هذه القواعد فإنها تكون منتجة للإباحة لكونها مشروعة من حيث السبب الذي تسعى إلى تحقيقه.

ولدراسة مدى مشروعية عمليات "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء"، لابد من معرفة أولاً العلاقات القانونية التي تثور بمناسبتها وإيضاحها وكيف تبدأ وتسير، فنجد أن هذه العمليات تبدأ بمريض أصبحت وسائل العلاج العادية غير مجديه معه؛ لإصابة عضو من جسمه بتلف لا إصلاح له، بحيث لا يمكن إنقاذه إلا عن طريق استبدال العضو التالف بعضو سليم. فيبدأ بالبحث عن شخص يتبرع من جسمه بهذا العضو المطلوب. وهنا تبدأ أولى العلاقات القانونية في مجال زرع الأعضاء، وهي العلاقة بين المعطي المتنازل عن العضو، والطبيب الذي يتولى استئصال هذا العضو.

فهل يجوز للشخص التنازل عن جزء من جسمه لزرعه في جسم غيره؟. فإن كان ذلك جائزا تعاقد المتنازل مع الطبيب بقيام هذا الأخير باستئصال العضو. وإذا كان التصرف غير جائز وقع الطبيب تحت طائلة المسؤولية من الناحيتين الجزائية والمدنية، وهذه المسألة هي محور الارتكاز أو المشكلة القانونية الأساسية في مسائل زرع الأعضاء.

وإذا جاز الإستئصال، فهنا تنشأ علاقة أخرى بين المعطي المتنازل والمريض المتنازل له، فهل هذا التنازل هنا بمقابل أو بدون مقابل؟.

ومتى توافر للمريض العضو اللازم نشأت العلاقة الثالثة، وهي بين المريض والطبيب وبهذا تنشأ العلاقة الثلاثية في هذه المسألة بين المعطي المتنازل والطبيب المستأصل -الجراح- والمريض المتلقي.

ولابد أن يكون أساس مشروعية نقل الأعضاء بين الأصحاء يستبعد بداية جميع حالات النقل التي لا تستند إلى مصلحة اجتماعية مؤكدة. فيجب الاستفادة من الوسائل التي تحقق أهدافا مؤكدة لصالح الإنسان ونبذ الطرق المشكوك في فائدتها والتي لا تحقق مصلحة كبيرة للمريض، والتي لا تتسق مع الأهداف العامة للشريعة الإسلامية وأسس القانون الوضعي، فجسم الإنسان له قيمة اجتماعية وقدسيه لا يجوز المساس بها.

لذا فإن الأهمية الكبرى لعمليات "نقل وزرع الأعضاء البشرية" تستوجب من رجال الشريعة والقانون إظهار التعاون مع العاملين في مجال الطب؛ حتى توضع هذه العمليات في إطارها الشرعي والقانوني السليم، مما يحقق فعلا سعادة البشرية، وبذلك لا يطغى التقدم العلمي على مصالح البشرية، فالتنظيم الشرعي والقانوني يحمي الحرية وكرامة الإنسان في إطار التقدم العلمي.

فعلى رجال القانون تقع المسؤولية -إلى جانب رجال الطب والدين- في وضع هذه العمليات في إطارها القانوني، وتحديد مدى مشروعيتها من الناحية الشرعية والوضعية -الشريعة الإسلامية، القانون الوضعي-، ولكي تكون هذه العمليات تحت مظلة القانون وتحت طائلته؛ حماية لحق الإنسان في الحياة وفي تكامله الجسدي.

فحق الإنسان لا يتعلق فقط بالآخر، وإنما يقوم على المحافظة على الذات البشرية التي هي أساس كل شيء، فالشخص عندما يتبرع لغيره بعضو من جسمه لابد أن يكون هذا التبرع لا يؤدي به إلى التهلكة؛ لأن الذات البشرية صانها خالقها وشرفها وأمر بالمحافظة عليها، فقال عز من قائل: {وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[البقرة:195].

وزرع عضو في جسم المريض لايثير أدنى مشكلة من الناحية الشرعية والقانونية؛ لأن ذلك يدخل في عداد الأعمال الطبية والجراحية المباحة شرعاً وقانونا لتوافر الهدف العلاجي منها وهو إنقاذ حياته.

ولكن المشكلة الحقيقية تكمن بالنسبة للمعطي -أي الشخص السليم- الذي يتنازل عن عضو من جسمه لزرعه في جسد شخص آخر مريض؛ لأن هذا التنازل لا يحقق له مصلحة علاجية، بل سوف يصيبه بمساس خطير ودائم بسلامة جسمه. فهل يجوز لهذا المعطي أن يتنازل عن عضو من أعضائه لزرعه في جسد غيره؟. وهل يشكل استئصال هذا العضو مساسا بتكامله الجسدي؟.

وهل يقع الطبيب الجراح الذي أجرى هذه العملية تحت طائلة القانون؟. وهل الشريعة الغراء تبيح مثل هذه العمليات؟. وماهي ضوابطها؟.

هذا ما سوف نتعرض له إن شاء الله في هذا الكتاب -والذي بعون الله وتوفيقه تم تقسيمه إلى خمسة فصول وفصل تمهيدي- وهي على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الأول: حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: الأسس الشرعية والقانونية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

الفصل الثالث: الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء.

الفصل الرابع: مسؤولية الطبيب في عملية نقل وزرع الأعضاء.

الفصل الخامس: المستجدات الحديثة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الاحياء.

ثم خاتمة لهذا الكتاب، تليها ملاحق لبعض من القوانين والفتاوى المتعلقة بنقل الأعضاء وزرعها.

والله المستعان وولي التوفيق

الفصل التمهيدي
بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لعل خير ما نبدأ به؛ استنهاضاً للهمم، وحفزاً للعزائم، وجمعاً للكلمة بين جميع المسلمين، ودعوة إلى العودة إلى الله في رحاب شريعته السمحة، وكلماته التامة، أن نشير إلى حديث لرسولنا الكريم ﷺ صور فيه ما ستكون عليه الأمة الإسلامية -رغم كثرتها الكاثرة- من ضعف وهوان في هذا الزمان، فسرح ﷺ بصره في السماء وقال لمن حوله من الصحابة: "يوشك أن تداعى عليكم الأمم من كل أفق كما تتداعى الأكلة على قصعتها، قال: قلنا يا رسول الله أمن قلة بنا يومئذ؟. قال: أنتم يومئذ كثير ولكن تكونون غثاء كغثاء السيل ينتزع المهابة من قلوب عدوكم ويجعل في قلوبكم الوهن. قال قلنا: وما الوهن؟ قال: حب الحياة وكراهية الموت"(1).

---

(1)حديث رقم 22450، مسند الإمام أحمد بن حنبل ج 5 ص 278.

فأكثر من ثماني مائة مليون من المسلمين، يعيشون على هامش الحياة، منساقين لا حول لهم ولا قوة، كأنهم بقايا هشيم المحتظر وفقاقيع الماء، نحاها سيل الحياة الجارف إلى مشارف الشطآن، لا تملك من أمرها شيئاً، ولا تستطيع قراراً ولا استمساكاً. فصدق فيهم قول الله تعالى: {نَسُوا اللَّهَ فَأَنْسَاهُمْ أَنْفُسَهُمْ}[الحشر:19].

هكذا كان حال المسلمين في القرن التاسع عشر الميلادي، أربعون مليوناً تستعبدهم روسيا القيصرية، ومائة مليون في إندونيسيا تستعمرهم دولة أوروبية صغرى تعدادها ثلاثة ملايين، ومائة وأربعون مليوناً في الهند تحت حكم انجلترا، والشرق الأوسط وشمال إفريقيا تتقاسمه الدول المسيحية، بريطانيا في العراق والأردن وعدن وإمارات الخليج العربي ومصر والسودان، وفرنسا في سوريا ولبنان وتونس والجزائر والمغرب ووسط إفريقيا، ثم إيطاليا في ليبيا، بينما الخلافة الإسلامية -الرجل المريض- تلفظ أنفاسها في تركيا.

وفي أوائل القرن العشرين بدت بوادر الخير، فإذا ومضات نور الفجر تبدد ظلام الليل الحالك، فاستقلت إندونيسيا، وقامت دولة باكستان، ورحلت انجلترا وفرنسا وإيطاليا عن بلاد الشرق الأوسط، وتلا ذلك ثورات شعبية تقدمية في المنطقة. تنادت بالعودة إلى الله وإلى شريعته؛ أملا في استعادة الأمجاد وترسماً لقول الرسول العظيم ﷺ: "لا يصلح حال آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أوائلها".

وخلال الصفحات التالية سوف نحاول التعرف على الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية، ومقارنة بعضهما ببعض، لنستطيع في نهاية الكتاب الحكم على موضوع أثار الكثير من الجدل، ألا وهو موضوع "عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء" وذلك من خلال موقف الشريعة الإسلامية ورأي القانون الوضعي في ذلك.

المبحث الأول الشريعة الإسلامية

لنتذكر جميعاً أن الشريعة الإسلامية هي التي صاغت حضارة الأمة، وجعلت لها شأناً ومجداً منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، حتى غدا تطبيق الشريعة الإسلامية مطلباً لا يمكن إنكاره.

-1-مفهوم الشريعة الإسلامية

لكي نصل إلى الهدف المنشود لابد من أن نحدد مفهوم الشريعة الإسلامية؛ حتى لا تضيع المفاهيم في معترك القراءات القاصرة أو الخبيثة أو العاطفية لتطبيق الشريعة الإسلامية دون فهم لحقيقة الإسلام، أو إدراك لواقع الأمة.

أولاً: تعريف الشريعة:

الشريعة لغة: لها معنيان(1): الأول: الطريقة المستقيمة الواضحة، قال تعالى: {ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لاَ يَعْلَمُونَ}[الجاثية: 18]. والثاني: ورد الشاربة، أي الطريق الذي يسلكه الناس والإبل لشرب الماء.

أما الشريعة اصطلاحاً وفقهاً فهي: ما شرعه الله لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام سواء ما يتعلق بالعمل-المعاملات-، أو بالاعتقاد -العبادات-. وهى بهذا المعنى شاملة لكل شريعة سماوية وتنسب لديانة كل رسول نزلت عليه(2).

ونلاحظ: أن كلا المعنيين -اللغوي والاصطلاحي- مرتبطان بعضهما ببعض؛ فأحكام الرسالات السماوية مستقيمة واضحة لا انحراف فيها، وهى أشبه بمرور الماء من حيث أن كل منهما سبيل إلى حياة فالشرائع السماوية تحمى النفوس وتغذى العقول والأرواح، والماء سبيل لحياة الأبدان.

([1]) اين منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، مادة شرع.

([2]) عاطف محمد أبو هربيد، مفهوم تطبيق الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة لورشة عمل بعنوان "مفهوم تطبيق الشــريعة الإسلامية في ضوء الواقع الفلسطيني"، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية 2009/11/19، ص3.

ثانياً: تعريف الإسلامية: نسبة إلى دين الإسلام وهو الدين الذي بعث الله به محمداً ﷺ.

ثالثاً: تعريف الشريعة الإسلامية: يمكننا تعريف الشريعة الإسلامية بأنها:

"مجموعة الأحكام التي سنها الله جل جلاله على لسان رسوله محمد ﷺ ليؤمنوا بها ويعملوا بمقتضاها".

أو هي عبارة عن: "مجموع المقاصد الإسلامية الأساسية والمبادئ الإسلامية العامة النابعة من الإسلام، سواء في القرآن أو السنة أو الفقه الإسلامي أو من المعلوم من الدين بالضرورة".

-2-مقاصد الشريعة الإسلامية(1)

إن الشريعة الإسلامية التزمت في أحكامها مبدأ صلاح أحوال الناس في الحياة وبعد الممات؛ لأن فكرة الخلود والأبدية فكرة حاضرة بقوة في فهم المسلم ووجدانه. قال الشاطبي في ذلك: "إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً، واعتمدنا في ذلك على استقراء وتتبع الأحكام الشرعية فوجدنا أنها إنما وضعت لمصالح العباد"(2).

([1]) المرجع السابق، ص4.

([2]) أبو اساق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، دار ابن القيم- دار بن عفان، 1424هـ / 2003م، ج2، ص9.

وهي بذلك تحفظ الحقوق الضرورية للإنسان المتمثلة بحفظ النفس، والدين، والعرض، والعقل، والمال -وهي المقاصد الخمسة المشهورة-. كما أنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحقوق، فهي تحفظ حقوق الجماعة الإنسانية التي تبدأ بالأسرة، ثم تتسع لتشمل الإنسانية كلها. ولا تقتصر حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية على الضرورات بل تتجاوزها إلى الحاجات والتحسينيات والتكميليات. كذلك تضمنت الشريعة الإسلامية منهجاً لحفظ الحقوق الإنسانية، وذلك بفرض عقوبات على المخالفين لتردهم عن إلحاق الأذى بغيرهم، وعرفت هذه العقوبات بالحدود. وتطبيق هذه الحدود هو من أجل ردع من تسوّل له نفسه تدمير القيم الإنسانية وليست من أجل التنكيل به. وفي ذلك قال ابن قيم الجوزية: "فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل"(1).

(1) محمد بن أبي بكر الزراعي "ابن قيم الجوزية"، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط.الأزهرية، ج3، ص14.

وتتسم أحكام الشريعة باليسر ورفع الحرج والتخفيف، ومن أهم علامات اليسر في الشريعة التدرج في التشريع، والتمهيد له، والقفز على هذا التدرج والتمهيد يُعَدُّ مخالفة صارخة لصحيح الدين، ناهيك عن مخالفة ذلك بطبيعة الحال لسنن الكون والحياة.

ومن تلك المقاصد إضافةً وتفصيلاً للمقاصد الخمس المعروفة(1):

أولاً: مقصد الكرامة الإنسانية؛ باعتبار أن الشريعة جاءت من أجل تكريم الإنسان انطلاقاً من قوله تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}[الإسراء: 70] ولذلك كانت التعاليم الإسلامية كلها تدور حول كرامة الإنسان، فلم يفرق الإسلام بين الناس في حق الكرامة، وظهر ذلك في أحكام جزئية كثيرة ..فمن ذلك مقصد العدالة باعتبار أن عنوان الشريعة الإسلامية هو العدل، وحين سأل سائل النبي ﷺ عن كلمة جامعة لمعاني الإسلام تلا قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ}[النحل:90] والعدالة تشمل: العدالة القانونية، والعدالة الاجتماعية، والعدالة الدولية.

---

(1) عاطف محمد أبو هربيد، مفهوم تطبيق الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص5.

ثانياً: مقصد التعاون الإنساني؛ لكون التعاون في جلب الخير ودفع الشر فريضة، وهو تعاون على مستوى الأسرة وعلى مستوى الجيران، وعلى مستوى الأمة، إلى أن يرقى فيصبح على مستوى الإنسانية جمعاء، ليحقق المقصود من قوله تعالى: {يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ}[الحجرات:13].

ثالثاً: مقصد الرحمة والمودة :حيث اعتبرهما الإسلام أساساً للعلاقات الإنسانية؛ فهما الصلة التي تربط كل من في هذه الأرض من بني الإنسان، وشدد سبحانه العقاب على من يتسبب في قطع المودة التي أمر الله سبحانه بوصلها، فقال: {وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ}[الرعد: 25].

وتوسيع دائرة البحث في كليات الشريعة بحيث لا تنحصر في مجال الفرد، وإنما تمتد لتشمل الأسرة ثم الأمة، ثم الإنسانية؛ من أجل تحقيق السكن والمودة، والرحمة، وحفظ الدين في الأسرة، وتنظيم الجانب المؤسسي والمالي للأسرة، وحفظ الأمن، وإقامة العدل، والأخلاق، والتعاون، والتضامن، والتكامل، ونشر العلم، وحفظ عقل الأمة، وعمارة الأرض، وحفظ الثروة، والتعارف والتعاون والتكامل، وتحقيق الخلافة العامة للإنسان في الأرض، وتحقيق السلام العالمي، والحماية الدولية لحقوق الإنسان، وحماية البيئة والثروات الطبيعية من الهدر وسوء الاستغلال.

-3-مفهوم تطبيق الشريعة الإسلامية

عاش الإسلام في بلاد العرب والمسلمين مدة أربعة عشر قرناً، وهو اليوم يخطو خطواته الأولى بعد أن غيب في الحقبة الماضية عن حياة الأمة بعد هدم الخلافة وهيمنة الاستعمار. وتطبيق الشريعة الإسلامية شابته كارثتان(1):

الأولى: تغير القوانين المستمدة من الإسلام بقوانين مستوردة من أوروبا "القوانين الوضعية".

والثانية: تحوله إلى شعار سياسي يطلقه من يعلم ومن لا يعلم، ويحاول أن يفرضه من يعرف كيف يطبقه ومن لا يعرف.

أما الكارثة الأولى فعمرها نحو مائة سنة وبضع عشرات من السنين، وأما الكارثة الثانية فعمرها أقل من أربعين سنة.

ومع أن العالم الغربي يعتقد أن تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية والإسلامية لا يمكن أن يتحقق على المدى المنظور طالما أن العالم العربي والإسلامي يعتمد اقتصادياً على الغرب، بل إن هذا الأمر -أي تطبيق الشريعة- بعيد التحقيق في الأجيال القادمة؛ إلا أن الدول الاستعمارية أخذت من تطبيق الشريعة أو الدعوة إليها ذريعة لإشعال نيران الفتن والانقسامات داخل الأوطان والشعوب الإسلامية،

([1]) المرجع السابق، ص6.

فعاش العرب والمسلمون مرحلة صعبة منذ أن ألغيت الخلافة الإسلامية وانهارت دولتهم الكبرى التي كانت تربطهم برباط ما، وصاروا نهباً لأفكار ونظريات قومية ومحلية تعزف على أوتار العصبية والإقليمية والطائفية والعرقية والمذهبية، ويغذيها المستعمرون والطامعون، فتحقق الانقسام والتمزّق والتشرذم، وسقطت فلسطين فريسة بأيدي الصهاينة الغزاة، وامتلأت أرجاء العالم العربي والإسلامي بالانقلابات العسكرية والفكرية والاقتصادية. فكان تطبيق الشريعة، أو الدعوة إليه، وسيلة من وسائل "استعادة الهوية"، ويخاطب الروح المسروقة من جانب وسائل الدعاية التي يقودها - ولما يزل - نخب متغرّبة متشبعة بتصوّرات غربية معادية لكل ما هو إسلامي وإنساني في غالب الأحيان!.

يبدو أن النخب الثقافية المتغربة لم تستسلم، وراحت تواجه الصدع الذي أصابها بوسائل شتى، وكانت بداية المقاومة لتطبيق الشريعة في التركيز على جانب "الحدود". فأصبحنا أمام تصورين غير واقعيين فيما يخص مفهوم تطبيق الشريعة الإسلامية:

التصور الأول: يختصر الشريعة في الحدود وبعض القوانين، وهذا التصور غير صحيح، إذ لو تأمل الناس في مفهوم تطبيق الشريعة لعلموا أن مسألة الحدود لا تمثل إلا نسبة ضئيلة من الشريعة -أقل من 5%-، ولا تطبق إلا على المجرمين والمنحرفين، وعقابهم يحفظ بقية المجتمع من التعرض للفساد، وضياع الحقوق.

ثم ليس صحيحاً أن تطبيق الشريعة ينحصر في مجرد استصدار بعض اللوائح والقوانين، مع أن أغلب الدساتير العربية -إن لم يكن كلها- تقول إن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي، أو أن المبادئ الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريعات، إلا أننا لا نتحدث عن استبدال قانون بقانون، فمن الممكن أن يتم ذلك كله وتظل روح وجوهر الشريعة غائباً، وإنما نتحدث عن مشروع حضاري يقود إلى أستاذية العالم.

فتطبيق الشريعة الإسلامية ليست مجرد قوانين يتم إصدارها ولا إلزام المحاكم بالعمل بمذهب فقهي، إن هذه صورة جزئية من صور كبيرة ومتعددة من صور تطبيق الشريعة الإسلامية والعيش في ظلها.

التصور الثاني: استعجال التغيير عبر الشريعة الإسلامية، وأن تطبيق الشريعة سوف يحدث انقلاباً شاملا في المجتمع بين يوم وليلة.

بينما سنة الله عز وجل المرسومة هي التدرج في التغيير في الكون. في ظل هذين التصورين. ما هو مفهوم تطبيق شريعة الإسلام ... كما نستلهمه من الكتاب والسنة وفقه نصوصهما؟.

لابد من أن ندرك أن الشريعة الإسلامية حياة كاملة في العبادات، والمعاملات، والأحوال الشخصية، والعلاقات الاجتماعية والدولية، والعمل الإنتاجي، فضلا عن العقيدة والتوحيد، أو الإيمان في جانبيه الروحي والعملي.

وتطبيق الشريعة الإسلامية: هو عبارة عن مجموعة الوسائل والآليات التي تصل بنا إلى التطبيق السليم والكامل للإسلام، وتحقيق مقاصده على خير وجه ممكن دون نقص أو زيغ أو ظلم أو مطل في حق.

-4-حكم تطبيق الشريعة الإسلامية وأدلة ذلك

إن الشريعة في الإسلام من مقتضيات العقيدة الخالصة لله عز وجل، وترتبط بها وتلازمها؛ لأنها صادرة عن الله عز وجل، وانبثقت من الرسالة الخاتمة التي تميزت برؤيتها الشاملة للكون والحياة، ولا يقتصر شمولها على تناولها جوانب حياة الإنسان ديناً ودنيا، بل تنسجم مع النظام الشامل للكون والحياة.

قال تعالى: {لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ}[البقرة: 177].

وعندما ينطق المسلم "لا إله إلا الله محمد رسول الله"، تستمد الشهادة الثانية أهميتها وهي محمد رسول الله من أن الناطق بها عليه أن يلتزم بالتسليم لله حسب ما جاء به محمد ﷺ فقط، ومن مقتضى شهادة "محمد رسول الله" تنبثق الشريعة الإسلامية.

كما إن العلاقة بين العقيدة والنظام في المجتمع المسلم علاقة تلازم، والشريعة تحقق الانسجام مع النظام الشامل للكون والحياة وهذا من معنى قوله تعالى: {أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ}[الأعراف:54].

وقال تعالى: {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا}[النساء:65].

وذكر ابن القيم في تفسير هذه الآية: "أقسم سبحانه على نفي الإيمان عن العباد حتى يحكِّموا رسوله في كل ما شجر بينهم من الدقيق والجليل، ولم يكتف في إيمانهم بهذا التحكم بمجرده حتى ينفي عن صدورهم الحرج والضيق بقضائه وحكمه ولم يكتف منهم بذلك أيضاً حتى يسلموا تسليماً وينقادوا انقياداً"(1).

-5-خصائص الشريعة الإسلامية ومميزاتها

إن الشريعة الإسلامية الغراء تمتاز على غيرها بأمور كثيرة منها(2):

أولاً: شريعة خاتمة للشرائع السماوية.

ثانياً: شريعة شاملة لأمور الدين والدنيا.

ثالثاً: شريعة تحوي أسمى وأكمل الحلول لمشاكل البشرية.

رابعاً: مصادر الشريعة التبعية

([1]) ابن قيم الجوزية، إعلام المُوَقِّعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ج2، ص92.

([2]) عمر سـليمان الأشـقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1982، ص35.

المبحث الثاني القوانين الوضعية

تتحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التي يرسى إلى تحقيقها والوسيلة التي تتخذ لبلوغ هذه الأغراض، ووظيفة القانون الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيماً يحقق الخير العام وذلك بوضع قواعد ثابتة تكفل سير علاقات الناس في كل ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية على وتيرة واحدة وطبقا لخطة محدودة هي التي تملى تلك القواعد.

والقانون لا يمكن أن يثبت على حالة واحدة، بل هو متطور في الزمان، ومتغير بحسب المكان، لأنه يحكم علاقات اجتماعية، تختلف من مكان إلى مكان، وتتطور في المكان الواحد من زمان إلى زمان. ولذلك كان حتما أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى، وكان حتما أن يختلف القانون في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة.

-1-تعريف القانون

أولاً: تعريف القانون لغة: القوانين: الأصول، والواحد: قانون، وهي كلمة غير أصلية في اللغة العربية. ويرى بعض العلماء أن العرب أخذوا هذه الكلمة من اللغة السريانية، ويرى البعض الأخر أن العرب أخذوها من اللغة اللاتينية من كلمة "KANON"، ومن هذه الكلمة أخذت كلمة "CANON" الفرنسية(1).

بينما ذهب بعض المحققين من الباحثين في تاريخ القانون أن هذه الكلمة يونانية الأصل، دخلت إلى العربية عن طريق اللغة السريانية(2).

وتعني كلمة قانون في اللغة السريانية "المسطرة، ثم نقل معناها إلى القضية الكلية، من حيث تستخرج بها أحكام جزئيات المحكوم عليها فيها، وتسمى تلك القضية أصلا وقاعدة، وتلك الأحكام فروعا، واستخراجها من ذلك الأصل تفريعا"(3).

([1]) ابي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ص60.

([2]) صبحي محمصاني، فلسفة التشريع، دار العلم للملايين، ط3، 1380هـ/1961م، ص16.

([3]) أبي البقاء الكفوي، الكليات، مرجع سابق، ص60.

وتعني في اللغة اللاتينية: "القاعدة والتنظيم، وكانت تطلق كلمة "CANON" الفرنسية في العصر المسيحي على القرارات التي تصدرها الكنيسة في أوربا"(1). وأطلقها العرب على المعنى نفسه المستعمل في اللغات الأخرى، يقول الجرجاني: "القانون: أمر كلي منطبق على جميع جزئياته، التي يعرف أحكامها منه، كقول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب، والمضاف إليه مجرور"(2). وعرفها الفيروزآبادي بقوله: "القانون مقياس كل شيء"(3).

وقد استخدم العلماء هذه الكلمة في الشرائع والطب والسنن الكونية التي تحكم الكون وغيرها، وكثيرا ما يتردد في المحافل والمنابر وعلى صفحات الكتب والمجلات تعبيرات مثل: قانون الجاذبية الأرضية، وقانون الغليان، وقانون الطفو، ويراد بالقانون هنا القاعدة المطردة التي تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت.

---

(1) منير الوتري، المدخل لدراسة القانون، مطبعة حداد، البصرة، ص3

(2) الجرجاني، التعريفات، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ص149.

(3) القاموس المحيط، طبع المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط5، ج4، ص261.

ثانياً: القانون في الاصطلاح: يريد علماء القانون بالقانون: مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة، بحيث يتعين على كل فرد أن يخضع لها طوعا أو كرها، ومتى رفض الفرد الانقياد لها واطاعتها فإن الدولة تجبره على ذلك(1).

-2-مصادر القوانين الوضعية(2)

كانت أكثر الجماعات الإنسانية في الماضي تتحاكم إلى الأعراف التي تنشأ فيها، وقد كانت هذه الأعراف التي يتوارثها الخلف عن السلف قانونا يحكم القبيلة أو المدينة أو الأمة، وكان الخروج عن هذه الأعراف يعد جرماً كبيراً.

ويأتي احترام الناس للاعراف من حيث كونها تراثا ورثوه عن ابائهم، ثم من إلفهم له ونشأتهم عليه، قال تعالى: {بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِمْ مُهْتَدُونَ * وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِمْ مُقْتَدُونَ قَالَ أَوَلَوْ جِئْتُكُمْ بِأَهْدَى مِمَّا وَجَدْتُمْ عَلَيْهِ آبَاءَكُمْ قَالُوا إِنَّا بِمَا أُرْسِلْتُمْ بِهِ كَافِرُونَ}[الزخرف: 22،23].

([1]) توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، طبعة دار النهضة، ط4، 1389هـ/1969م، ص15.
وانظر: عبد الحي حجازي، المخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ج1، ص147.

([2]) عمر سليمان الأشقر، الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية، دار الدعوة، الكويت، ط2، 1406/1986، ص25.

والمراد بالأمة في الآية الطريقة التي كانت تنتهجها كل أمة في حياتها، وهي ما نسميه بالأعراف التي جرت عليها الأمم في أمور معاشها، وعرض القرآن لهذه المسألة في آية أخرى فقال: {وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ}[البقرة: 170].

وعندما كتب الناس قوانينهم في العصور الماضية وفي العصر الحديث كل الذي فعلوه أنهم عمدوا إلى هذه الأعراف التي كانت قوانين غير مدونة، فدونوها وحكموها بها في مجتمعاتهم، وفي حال التدوين يكون تدخل الحكام ورجال الفكر في سن التشريعات: إما بما لديهم من عقل وفكر، وإما باقتباسهم من عادات الأمم الأخرى وقوانين الأمم الأخرى ما يرونه حسنا، ويعتبر هذا ما حدث في القانون المدني المصري المنفذ عام 1949م فإنه مأخوذ من القانون الفرنسي وعشرين قانونا آخر، كما أخذ بعض أحكام الشريعة الإسلامية.

ولا يزال العرف يحتفظ بأهميته في بريطانيا، فالتشريع هناك -إلى اليوم- قائم في أساسه على العرف والسوابق القضائية، فأحكام القضاء تعد عند الانجليز سوابق قضائية ملزمة لا يجوز الخروج عليها، ولذلك وصفت تشريعتهم بأنها من صنع القضاء، كما أنها تعتبر كذلك شريعة غير مكتوبة، لقيامها على العرف والسوابق القضاية.

فهذه هي مصادر قوانين الأمم، مصادر قوانينها أمران:

الأول: الأعراف التي نشأت في الجماعة.

والثاني: ما يسنه رجال الحكم ورجال الفكر من تشريعات. ثم يصدرونها ويلزمون بها الناس.

-3-أشهر القوانين الوضعية

ما من أمة من الأمم إلا ولها قانون، وقد يكون قانونها أعرافا تحكم الفرد والأسرة والمجتمع، يطيعها كل فرد في المجتمع، ويعاقب من خرج عليها، ولكنها لا تدون، وبعض الأمم قد تدون قوانينها التي وضعها علماؤها وفلاسفتها وحكامها، وقد يستمدون هذه القوانين من أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، وقد تخترع عقولهم شيئا من تلك القوانين، ثم يفرضونها على الناس ويلزمونهم طاعتها ومن أشهر هذه القوانين(1):

-قانون حمورابي	-القانون الروماني.
-قانون مانو.	-قانون العرب في الجاهلية.
-قانون بوخوريس.	-القوانين في أوربا.
- قانون أثينا.	

(1) عبد السلام الترمانيني، تاريخ النظم والشرائع، طبعة جامعة الكويت، ص51. وانظر: عمر سليمان الأشقر، الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية، مرجع سابق، ص45.

-4-تطبيق القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية

كانت تركيا الدولة الإسلامية التي حملت راية الاسلام طوال سبعة قرون.

امتدت من آخر القرن السابع الهجري إلى منتصف القرن الرابع عشر الهجري(1).

وعندما ضعفت الدولة العثمانية، وكثرت عللها وأمراضها، زين لها أعداؤها الذين كانوا يدعون أنهم يريدون لها الصلاح والنهوض من كبوتها والعودة بها إلى سالف مجدها الأخذ بالقوانين الوضعية، تلك القوانين التي سرقها الغرب من فقهنا ثم شوهوها وأفسدوها، وقد كان نصاب المسلمين عظيما عندما بدأت القوانين الأوروبية تتسلل إلى قضاء الدولة العثمانية وإلى ولايتها في العالم العربي والاسلامي.

ففي عام (1840م) صدر أول تقنين في بلد إسلامي مستمدا أحكامه من مصادر أجنبية، وهذا هو قانون العقوبات العثماني الذي نقل الكثير عن القانون الجنائي الفرنسي الصادر في سنة 1810م.

---

(1) عمر سليمان الأشقر، الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية، مرجع سابق، ص64.

ثم صدر بعده قانون جنائي آخر في سنة (1851)، ثم قانون جنائي ثالث في سنة (1858)، وقد اقتبس هذا الأخير كله عن القانون الفرنسي، ثم أدخلت عليه تعديلات كثيرة. أهمها تعديل سنة (1911م) وصدرت له ثلاثة ذيول مؤرخة بين سنة (1910-1915)، وهذه التعديلات والذيول مأخوذة من قوانين دول أوروبية وأهم هذه القوانين: القانون الإيطالي.

ومن هنا توالت القوانين في مختلف بلدان العالم العربي والإسلامي(1).

المبحث الثالث يبين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، ولا يصح أن تقاس به، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين.

---

(1) شفيق شحاته، الاتجاهات التشريعية في قوانين البلاد العربية، طبعة المطبعة العالمية، القاهرة، 1960م، ص15. وانظر: صبحي محمصاني، الأوضاع التشريعية، دار العلم للملايين، ط2، ص174.

وسنستعرض فيما يلي نشأة القانون ونشأة الشريعة وأوجه الخلاف بينهما ومميزات كل منهما.

-1-نشأة الشريعة

لم تكن للشريعة الإسلامية قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت، ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا، ولا تشهد فيها نقصاً، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت يوم قال الله تعالى: {الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا}[المائدة: 3].

ولم تأت الشريعة لقوم دون قوم، أو لدولة دون دولة، وإنما جاءت للناس كافة على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم.

وقد جاءت الشريعة كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة، شاملة لأمور الأفراد والجماعات والدول، فهي تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة، كما تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر في الحرب والسلم.

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر، أو لزمن دون زمن، وإنما هي شريعة كل وقت، وشريعة كل عصر، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن، ولا يبلى جدتها، ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل.

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التي وصل إليها أخيراً القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة، بل جاءت الشريعة من يوم تزولها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعي المبادئ موجود في الشريعة من يوم نزولها.

-2-نشأة القانون وتطوره

ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها ويحكمها ضئيلاً محدود القواعد، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت،

وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها وآدابها. فالقانون الوضعي كالوليد ينشأ صغيراً ضعيفاً، ثم ينمو ويقوى شيئاً فشيئا حتى يبلغ أشده، وهو يسرع في التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بحظ من الرقي والسمو، ويبطئ في تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور. فالجماعة إذن هي التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها.

وعلماء القانون الوضعي حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكون الأسرة والقبيلة، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة، فوحدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة. ولكن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من تطور القانون في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية، فتطور القانون الوضعي من ذلك الوقت حتى الآن تطوراً عظيماً،

وأصبح قائما على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة. وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية. وقد أدى شيوع هذه النظريات في العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم، ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل.

هذه هي خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها تبين بجلاء ان القانون حين نشأ كان شيئا يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن بعد تطور طويل بطئ استمر آلاف السنين.

-3-الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون

تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة أو وجدت حالات لم تكن منتظرة. فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان.

أما الشريعة: فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن؛ ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال: {لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ}[يونس: 64] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان.

الوجه الثاني: أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شئونها وسد حاجاتها. فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عن الجماعة غدا، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة، وتستوجب التغير كلما تغيرت حال الجماعة.

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة، فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة. ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل. وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية.

أولاً- أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان، وتطورت الجماعة، وتعددت الحاجات وتنوعت.

ثانياً- أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة.

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه في الشريعة. بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية. فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرونة إلى آخر حدود العموم والمرونة، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو.

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرناً تغيرت في خلالها الأوضاع أكثر من مرة، وتطورت الأفكار والآراء تطوراً كبيراً، واستحدث من العلوم والمخترعات ما لم يكن يخطر على خيال إنسان، وتغيرت قواعد القانون الوضعي ونصوصه أكثر من مرة لتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التي نطبقها اليوم وبين القواعد القانونية الوضعية التي كانت تطبق يوم نزلت الشريعة، وبالرغم من هذا كله، ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات، وأكفل بتنظيم وسد حاجاتهم، وأقرب إلى طبائعهم، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم.

هذه هي شهادة التاريخ الرائعة التي يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص، وخذ مثلا قول الله تعالى: {وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ}[الشورى: 38] أو اقرأ قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"(1) فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة، وبتقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه بلغت الشريعة من السمو حده الأقصى الذي لا يتصور ان يصل إليه البشر في يوم من الأيام، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس.

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو، ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة في أي نص نستعرضه، فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول؛ ويكفي أن نسوق مثلا آخر قوله تعالى: {ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ}[النحل:125] فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة،

[1]) حديث رقم 5193، المعجم الأوسط ج 5 ص 238.

أما المبدأ الذي جاء به النص فلم يعرف بعد أن هناك ما هو خير منه، ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقاً لأصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواتهم خيراً من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن.

ويستطيع القارئ أن يقرأ قوله تعالى: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى}[فاطر:18]، وقوله: {لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا}[البقرة:286]، وقوله: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ}[النحل:90]، وقوله: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ}[النساء:58]، وقوله: {وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى}[الأنعام:8]، وقوله: {يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ}[النساء:135]

يستطيع القارئ أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ، وليرى أن المبادئ التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد، أو خيال لمتخيل.

الوجه الثالث: أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها، والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شئون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة، ولم تكن الجماعة من صنع القانون.

وإذا كان هذا هو الأصل في القانون من يوم وجوده، فإن هذا الأصل قد تعدل في القرن الحالي، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى، حيث بدأت الدول التي تدعو لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة، وقد كان أسبق الدول إلى الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية، وتركيا الكمالية، ثم تلتهما إيطاليا الفاشستية وألمانيا النازية، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة، فأصبح الغرض اليوم من القانون تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الأمور أنها في صالح الجماعة.

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست مع صنع الجماعة، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي، وإنما هي من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه.

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة إذاً الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة، وإيجاد الدولة المثالية، والعالم المثالي، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها،

ولا تزال كذلك حتى اليوم، وجاء فيها من المبادئ والنظريات مالم يتهيأ العالم غير الإسلامي لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن. ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة، وأنزلها على رسوله نموذجاً من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل، ويحملهم على التسامي والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة ما أراده لها العليم الخبير، فأدت رسالتها أحسن الأداء، وجعلت من رعاة الإبل سادة للعالم، ومن عوام البادية معلمين وهداة للإنسانية.

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها، تمسك بها المسلمون الأوائل وعملوا بها وهم قلة مستضعفة خائفين أن يتخطفهم الناس، فإذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر، لا صوت إلا صوتهم، ولا كلمة تعلو كلمتهم، وما أوصلهم لهذا الذي يشبه المعجزات إلا الشريعة الإسلامية التي علمتهم وأدبتهم، ورققت نفوسهم، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم بالعزة والكرامة، وأخذتهم بالمساواة التامة، والعدالة المطلقة، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نيران الجهالات والشهوات، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف، وينهون عن المنكر، ويؤمنون بالله.

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم، فلما تركوها وأهملوا أحكامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدم، ورجعوا إلى الظلمات التي كانوا يعمهون فيها من قبل فعادوا مستضعفين مستعبدين، لا يسطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم.

وقد خيل للمسلمين وهم في غمرتهم هذه أن تقدم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم، فذهبوا ينقلونها وينسجون على منوالها، فلم تزدهم إلا ضلالا على ضلالهم، وخبالا على خبالهم، وضعفا على ضعفهم، بل جعلتهم أحزاباً وشيعاً، كل حزب بمالديهم فرحون، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى.

ولو أراد الله بالمسلمين خيراً لعلموا أن الشريعة الإسلامية وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص حاملة في طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع، هي أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء، لأنها في كل الأحوال ترمى إلى تكون الجماعة الصالحة وتوجيهها دائماً للتقدم المستمر والتطور الصالح، ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام.

وإن في تاريخ المسلمين لآية، وإنه لعبرة لمن كان له قلب، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم، وجعلتهم أمة فوق الأمم،

ودفعتهم إلى الأمام، وإن فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيهم متوقف على تطبيق الشريعة الإسلامية. فالمسلمون من صنع الشريعة؛ كيانهم تابع لكيانها، ووجودهم مرتبط بوجودها، وسلطانهم تابع لسطانها.

-4-المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون

بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التي تميز الشريعة عن القوانين لأن كل ما تخالف الشريعة فيه القوانين يعتبر في الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين. وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مماذكر من الاختلافات: أن الشريعة الإسلامية تمتاز على القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية:-

الميزة الأولى- الكمال: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال، أي بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات، وأنها غنية بالمبادئ والنظريات التي تكفل سد حاجات الجماعة في الحاضر القريب والمستقبل البعيد.

الميزة الثانية- السمو: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية، بالسمو؛ أي بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة؛ وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامي.

الميزة الثالثة- الدوام: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالدوام؛ أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان.

هذه هي المميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية، وهي على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثراً من آثاره وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه، ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك الصفات التي تتوفر دائما فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شيء منها فيما يصنعه المخلوق.

الفصل الأول
حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

جاءت الشريعة الإسلامية وقد وضعت من الضوابط لحدود الانتفاع بما خلق الله سبحانه وتعالى ومعرفة ما يحل ويحرم من التصرفات في كل ما منحنا الله جل شأنه إياه، وأول هذه الأشياء الممنوحة لنا والمسخرة لمصلحتنا هذا الجسم الإنساني الذي يعايشنا ويصاحبنا منذ بدء وجودنا لحظة بلحظة حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

فقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان في أحسن تقويم، وأسجد له ملائكته، ووكل به الحفظة لحمايته، وذلك ليكون خليفته في أرضه، قال تعالى: {وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً...}[البقرة:30].

والله سبحان وتعالى كرم بني آدم فقال سبحانه: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}[الإسراء:70].

وإزاء هذه المنزلة الكبيرة والعظيمة الجليلة للإنسان، كان لابد من توافر الحماية المناسبة لهذا التكريم، فجاءت الأحكام الشرعية لمصالح العباد، فما من شرع شرعه الإسلام في الكتاب أو السنة إلا وكان فيه مصلحة حقيقية للإنسان؛ فشرع الله سبحانه وتعالى ما يحفظ للإنسان دينه ونفسه وعقله وعرضه وماله، أي كل ما يحفظ له كل مقومات الحياة وكل مقومات المسيرة المؤمنة الآمنة المطمئنة(1).

ومن بعد الشريعة الإسلامية جاء القانون الوضعي لكي يحمي هو الآخر كيان الإنسان المادي حال الحياة بأساليبه، فنادى بأن الحق في سلامة الجسم الذي يتمتع به كل فرد باعتباره إنساناً يعني حق الإنسان في أن يحتفظ بكل أعضاء جسمه دون نقصان، وأن تظل هذه الأعضاء مؤدية لوظائفها على نحو طبيعي دون خلل أو انحراف عن أداء وظيفتها.

فالحق في سلامة جسم الإنسان هو من الحقوق الأساسية اللصيقة بالإنسان التي ترتبط بصحته، ويعتبر تدخل المشرع لحماية جسم الإنسان تدخلا أيضا لحماية الإنسان ذاته، والذي يعد بدوره أحد عناصر بقاء المجتمع وازدهاره، باعتبار أن هناك تلازما بين الحفاظ على الإنسان وسلامة جسمه وكيان المجتمع(2).

([1]) عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، ط2، 1988، ص113.

([2]) محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1966، ص230.

ولعلنا نعي جيدا أن من الحقوق المدنية العامة التي تثبت للإنسان بصفته الإنسانية، وتولد معه وتظل لصيقة به، وتستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة هي ما يطلق عليها "حقوق الإنسان الأساسية"، كحقه في سلامة صحته وجسده، وحمايته من أي اعتداء يصدر من الغير، وواجب السلامة من الشخص نفسه؛ لأن جسد الإنسان ليس من الأشياء وهو يخرج عن دائرة التعامل المالي، وأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو صحته يكون باطلا إلا إذا كان هذا الاتفاق يستهدف معالجة المرض أو المحافظة على الجسم مثل "عقد العلاج الطبي".

مما تقدم من عرض بسيط لحماية جسم الإنسان في الشريعة والقانون، سنتناول في هذا الفصل الحديث عن حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية. ثم حمايتها في القانون الوضعي. وأخيراً نتحدث عن ماهية العضو البشري في الشريعة والقانون.

المبحث الأول حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية النفس البشرية بطوق من الحماية والرعاية لا يوجد لها نظير في أي تشريع آخر؛ وذلك انطلاقا من نظرتها للإنسان، وأهميته في الوجود. فقد أكدت على حقه في الحياة، وجعلت هذا الحق من الضرورات التي يحفظها الدين العظيم، بل إن حفظ النفس هو المقصد الثاني من مقاصد الشريعة الإسلامية.

وفي هذا يقول الإمام الغزالي: "إن مقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما لا يضمن هذه الأصول فهو مفسده، ودفعها مصلحة"(1).

فالنفس البشرية وجسدها ملك لله تعالى وليست ملكا للإنسان -وإن كان له حق الانتفاع والاستمتاع بها- وعلى ذلك فلا يجوز التعدي على نفسه، أو الإضرار بها، سواء كان هذا التعدي مباشرا كالقتل، أو غير مباشر كتكليفها ما لا تطيق، أو تعريضها للمخاطر والأذى وعدم الأخذ بأسباب الشفاء والتداوي.

([1]) عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1، 1997، ص47. وانظر: الغزالي، إحياء علوم الدين، طبعة دار المعرفة، بيروت، 24/2.

قال المولى عزوجل: {وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[البقرة: 95]. ففي الآية الكريمة دليل على تحريم الإقدام على ما يخشى منه تلف النفس أو عضو منها، أو الدخول في عمل محرم يكون مصيره النار في الآخرة، فليس للإنسان أن يقتل نفسه أو يتلف أعضاء جسمه؛ لأن الحق في سلامة الجسد في الحياة حق لله سبحانه وتعالى. والإنسان مأمور باللبس والأكل والشرب والسعي من أجل ذلك حتى لا يعرض نفسه للمخاطر(1).

-1-مظاهر حماية جسم الإنسان في الشريعة

لقد جعلت الشريعة الإسلامية حرمة خاصة للإنسان، ووضعت الحماية اللازمة له، وشرعت من أجل ذلك ما يصون كرامته وتحريم الاعتداء عليه، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على حرص الشريعة الإسلامية على حماية النفس الإنسانية ضد اعتداء الغير عليها حال الحياة.

ومن مظاهر هذه الحماية تحريم الاعتداء علي الجسم الإنساني، وتأثيم القائم بذلك سواء كان الفعل موجها من الغير أم من ذات النفس، فقررت المسئولية في حالة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ وما في حكمه الدية على الجاني والكفارة على من قتل خطأ، وسنت الشريعة الأحكام الكفيلة بضمان حق المجني عليه،

---

(1) عبد الله بن سالم الغامدي، مسئولية الطبيب المهنية، مرجع سابق، ص49.

فقال تعالى: {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مْؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللّهِ وَكَانَ اللّهُ عَلِيماً حَكِيماً}[النساء:92].

كما قررت المسئولية أيضا في حالة القتل العمد بالقصاص في الدنيا والعذاب في الأخرة قال تعالى: {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}[البقرة:179]. وقال سبحانه: {وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً}[النساء:93].

وإذا نظرنا إلى القصاص وحماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية لوجدنا أن الجرائم التي يتعلق بها القصاص، هي جرائم الاعتداء على النفس، وهي جرائم الدماء أو جرائم الاعتداء بالقتل أو قطع الأطراف أو الجراح، وهي الجرائم التي ورد بشأنها نصوص قرآنية، وقد ذكرها المولى عز وجل بقول: {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ}[المائدة: 45].

فهذه الدماء مصونة ومحترمة، فكل اعتداء عليها -إلا بوجه حق- يوجب عقابا رادعا وزاجرا لقوله تعالى: {فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ}[البقرة: 194]. والقصاص هو عقوبة الدماء بشكل عام، سواء أكانت الدماء موضوع الاعتداء فيها النفس، على طرف من الأطراف، أو جرح من الجروح، وقد خص الله سبحانه وتعالى الدماء سواء أكان الاعتداء فيها على النفس، أم كان جراحا بأن جعل لها عقوبة مقدرة، ولم يتركها لتقدير ولي الأمر؛ لأن الدماء كان لها من الشأن في الماضي والحاضر ما ليس لغيرها.

وقد تولى الشارع وضع عقوبة الدماء، وعظم أمرها في الدنيا والآخرة فقد روى أن النبي ﷺ قال: "أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء"(1).

والجرائم التي توجب القصاص لها ناحيتان: ناحية المجتمع وناحية الفرد. أما ناحية المجتمع فلأن الشارع اعتبر الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين، لأن الحرمات الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع، وكل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدي قد اعتدى على المجتمع كله، ولذلك قال تعالى في جريمة القتل: {مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا}[المائدة: 32].

---

(1) حديث رقم 4671، صحيح البخاري ج 6 ص 2517.

ولذلك أوجب الإسلام على كل مسلم يرى مسلما يتدي على دمه أن يرد اعتداءه، فقال ﷺ: "ما من امرئ يخذل امرأ مسلما في موضع تنتهك فيه حرمته وينتقص فيه من عرضه إلا خذله الله في موطن يحب فيه نصرته وما من امرئ ينصر مسلما في موضع ينتقص فيه من عرضه وينتهك من حرمته إلا نصره الله في موطن يحب نصرته"(1). وقال صلوات الله وسلامه عليه: "لزوال الدنيا أهون على الله من قتل مؤمن بغير حق"(2).

وإذا كانت الحدود في ذاتها حقا خالصاً لله تعالى، فإن للعبد فيها حقاً والقصاص في حده فيه حق للعبد ولله، وفيه حق هو حق المجتمع.

ولذلك كان لابد في القصاص من أن يطلبه المجنى عليه ويستمر في المخاصمة إلى وقت الحكم، والعفو في أي مرتبة من مراتب المخاصمة جائز، وبعد الحكم يسقط القصاص، ولذلك قال تعالى: {يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ}[البقرة:178].

وعن أنس بن مالك قال: "ما رأيت النبي ﷺ رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو"(3).

---

(1)حديث رقم 4884، سنن أبي داود ج 4 ص 271.

(2)حديث رقم 2619، سنن ابن ماجه ج 2 ص 874.

(3)حديث رقم 15829، سنن البيهقي الكبرى ج 8 ص 54.

وأنه ليدل على أن التمكين من القصاص كف لإطفاء نيران الحق عند بعض الناس ذوى النفوس السمحة، ما روى عن أنس بن مالك قال: "كسرت الربيع عمة أنس ثنية جارية فطلبوا العفو فأبوا، فعرضوا عليهم الأرش فأبوا، فأتوا النبي ﷺفأمر بالقصاص، فقال أنس بن النضر: يا رسول الله تكسر ثنية الربيع، والذي بعثك بالحق لا تكسر. فقال النبي ﷺ: يا أنس كتاب الله القصاص. قال: فرضي القوم فعفوا، فقال رسول الله ﷺ: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره"(1).

هذا كله من مظاهر حماية الشريعة الإسلامية للجسم الإنساني من اعتداء الغير، أما من مظاهر هذه الحماية من جهة النفس ذاتها ضد تصرف الشخص في جسمه فقد نهته عن الانتحار وقتل النفس، قال سبحانه: {وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا}[النساء:29]. كما نهى رسول الله ﷺ عن الوصال في الصيام، ورخص للكبير والمريض والمسافر والأم المرضع الإفطار في رمضان وذلك كله حفظاً للنفس.

---

(1)حديث رقم 2649، سنن ابن ماجه ج 2 ص 884.

وعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل مال اليتيم وأكل الربا والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات"(1).

وقد طالعتنا الشريعة الغراء في عنايتها بجسد الإنسان حتى بعد موته من عبث العابثين حيث يروى عن رسول الله ﷺ قوله: "كسر عظم الميت ككسره حياً"(2). الأمر الذي اقتضى معه حرمة نبش القبور، وتهشيم عظام الموتى إلا لضرورة؛ لأن ذلك يعتبر تعدي على حرمة الميت.

وقد بلغت حرمة الجسد الإنسان لدى بعض الفقهاء إلى الحد الذي جعلهم يذهبون إلى أن ما سقط منه أو زال عنه فحظه من الحرمة قائم ويجب دفنه.

ولم تقف الشريعة الإسلامية في مضمون الحماية لجسم الإنسان بل امتدت كذلك لتشمل الجنين في بطن أمه، فالأم التي يتم إجهاضها تجب دية الجنين على من تسبب في خروجه(3).

([1])حديث رقم 89، صحيح مسلم ج 1 ص 92.

([2])حديث رقم 1616، سنن ابن ماجه ج 1 ص 516.

([3]) بدر أحمد شـــرف الدين، الأحكام الشـــرعية للأعمال الطبية، مطابع جامعة الكويت، 1983، ص27.

-2-حق الإنسان في التبرع بأعضاء جسده

يتصدر موضوع "نقل وزرع الأعضاء البشرية" تساؤل: هل يملك الإنسان حق التبرع بعضو من أعضائه؟.

فنجيب على ذلك بأنه: بناء على تقسيم الفقهاء للحقوق إلى: "حق لله، وحق للعبد، وحق مشترك بينهما".

- فإن حق الله: هو ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، ونسب إلى الله لعظيم خطره وشموله نفعه، وهو يتجسد أساسا في العبادات والحدود.

- وأما حق العبد: -وهو حق خاص- فهو ما تعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير.

أما الحق المشترك: فينقسم إلى: حق العبد هو الغالب كحق القصاص. وحق الله غالب كالحق في الحياة وفي سلامة الجسد. وانطلاقا من ذلك فليس للعبد أن يقتل نفسه أو يبيع عضوا من أعضائه ولا يملك أن يأذن لغيره بذلك(1).

ولو طالعنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الاعتداء على حق الإنسان في الحياة وسلامته الجسدية نرى بأنها من الحقوق المشتركة التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد(2).

([1]) أحمد محمد سعد، زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص35.

([2]) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، ط3، 1956، ص108.

وتطبيقاً للقواعد التي تحكم حق الله جل جلاله وحق العبد، يرى الباحثون أن الشرع يأذن بنقل جزء من جسم المعطى إلى جسم المريض المتلقى إذا كانت المصلحة المترتبة على ذلك أعظم من المحافظة على حق الله جل شأنه في جسم المعطى، وهكذا فإن مصدر إباحة استقطاع جزء من جسم المعطي هو إذن الشرع، إضافة إلى إذن المعطي(1).

فيلزم من أجل المساس بهذا الحق إذاً أن يعطى الأذن من أصحاب هذه الحقوق، إضافة إلى إذن الشارع في أن واحد، وعليه لا يجوز القيام بأي عمل ضد الإنسان يكون ماسا في سلامته الجسدية بأي من أصحاب الحقوق هذه، بل لابد من أن يجتمع الرضا والإذن معا.

-3-صور نقل الأعضاء البشرية

للتعرف أكثر على موقف الشريعة الإسلامية تجاه موضوع نقل الأعضاء البشرية لابد لنا أن نوضح أولاً الصور التي يمكن أن يكون فيها النقل؛ فنقل الأعضاء البشرية التي يمكن أن تؤخذ من الإنسان في أثناء حياته:

([1]) عبد الحميد إسماعيل الانضـــاري، ضـــوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000، ص14.

أولاً: إما أن تؤخذ من مكان ما في الجسم لتزرع في مكان آخر من الجسم ذاته، كمن يقوم بواسطة الطبيب بانتزاع جزء من الجلد لترقيع جزء آخر يحتاج إليه من الجسم، أو نقل بعض الأوردة من الساق لتحل في مكان آخر من نفس الجسم.

ثانياً: أو أن يكون الاستئصال من جسم وزرعه في جسم إنسان آخر، وأن هذا الآمر لا يتعدى صورتين:

1- أن يكون النقل لعضو تنتهي الحياة باستئصاله لكونه من الأعضاء المفردة التي لا يستطيع الجسم أن يستغنى عنها، كالقلب مثلاً.

2- أو يكون النقل لأحد الأعضاء المزدوجة في الجسم البشري كالكلية أو العين أو غيرهما من الأعضاء المزدوجة(1).

-4-مدى مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية

هناك اتجاه يمثله المتشددون من الفقهاء، إذ يرون عدم مشروعية نقل زراعة الأعضاء البشرية؛ لأن الإنسان لا يملك نفسه، ولا جسده، ومن ثم لا يملك حق التبرع بعضو من أعضائه.

([1]) حسـني عودة زعال، التصـرف غير المشـروع بالأعضـاء البشـرية، دار الثقة للنشر، عمان، ط1، 2001، ص34.

بينما يرى الفريق الآخر -الذين يبيحون حق التبرع- مع اتفاقهم بأن الإنسان لا يملك نفسه أو جسده، إلا أنهم يرون أن الشريعة تجيزه في حالات معينة.

إذاً فأصل المسألة أن الفقهاء يجتمعون على مبدأ حرمة جسم الإنسان، وأن الإنسان محترم حيا وميتا لقوله تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...}[الإسراء:70].

والإجماع لدى الفقهاء منعقد على أن سلامة الجسد هي من الحقوق غير القابلة للتنازل عنها؛ باعتبار أن سلامة أفراد المجتمع هي مصلحة يحرص عليها المشرع لصالح الجماعة. والعقوبات الإسلامية ما شرعت إلا لحماية الإنسان، وحماية نفسه وجسده، وأن ذلك مقتضى التكريم الإلهي للإنسان، والذي هو مستمر خلال مراحل التكوين المختلفة، جنينا وبعد أن يولد، وبعد أن يموت، فالشريعة الإسلامية وضعت أحكاما مفصلة لكل مرحلة من هذه المراحل تضمن سلامة حياة الإنسان وسلامة جسده، هذا هو الأصل في الموضوع.

إلا أن الحاجة والضرورة تستوجبان المساس بجسم الإنسان. ومعنى ذلك أن مبدأ حرمة الجسم الإنساني يحتمل الاستثناء من أجل مصلحة راجحة.

وبناء على صور نقل الأعضاء البشرية

نجد أن راي الفقهاء ينقسم إلى:

أولاً: بالنسبة للاستئصال عندما يكون لغرض النقل إلى ذات الجسم؛ يرى بعض الفقهاء أنه لا يوجد هناك ما يمنع من القيام بهذا الاستئصال في حالة ما إذا قرر الطبيب الحاجة إلى ذلك، وعدم وجود طريقة أخرى للعلاج تحل محل النقل؛ لأن الضرر الحاصل من نزع الجزء المأخوذ إنما يلجأ إليه ليدفع به ضرراً أكبر، وفي النهاية فالمستفيد هو ذات الشخص المنقول منه العضو، كما أن القاعدة الشرعية تقرر بأن "الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف"(1).

ثانياً: أما بالنسبة لحكم ما يؤخذ من إنسان حي لغرض زرعه في جسم إنسان آخر يحتاج إلى ذلك العضو وكان النقل ضروريا لغرض التداوي، فالأمر يكون في حالتين:

ففي الحالة الأولى: عندما يكون العضو المراد أخذه ليس له في الجسم بديل يقوم مقامه ويؤدي وظيفته وأن استقطاعه يؤدي إلى الموت، ففي هذه الحالة لا يجوز مطلقاً استقطاع العضو؛ لأنه يسبب ضررا فاحشا، ولذلك لا يجوز استقطاع القلب مثلا حتى برضاء المعطي؛

---

(1) هاشم جميل عبد الله، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الرســـالة الإســـلامية، مجلة شهرية تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الدينية في العراق، العدد 212 سنة 1988.

لأن الإنسان لا يملك التصرف في حياته إلا بإذن الشرع، والشرع قد أقام مبدأ التساوي بين بنى آدم معصومي الدم.

وكذلك لا يجوز استقطاع العضو غير المتجدد إذا لم يكن له نظير في الجسم حتى إذا كان ذلك العضو مزدوجا في الجسم، إذ يجب أن يكون العضو المتبقي قادرا على القيام بوظيفة العضو المستأصل؛ فلا يجوز مثلا استئصال أحد الأطراف، لأن الطرف الآخر لا يستطيع أن يؤدي وظيفة العضو الذي تم استئصاله.

أما إذا كان العضو المراد استقطاعه من الأعضاء المزدوجة، وكان العضو المشابه يستطيع أن يقوم بوظيفة العضو المستقطع كالكلي ونحوها، فقد أختلف الفقهاء بين مانع لذلك، و بين مجيز للنقل ولكن بشروط وقواعد وأسس.

ومما تقدم نستطيع القول بأن الشريعة الإسلامية، تجيز نقل الأعضاء البشرية على أساس تزاحم المصلحة ودفع الضرر الأعظم بالضرر الأدنى، فالإمام ابن القيم يرى بأنه: "إذا تأملت شريعة الله التي وضعها لعبادة، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، وإن تزاحمت منع أعظمها فساداً باحتمال أدناه"(1).

([1]) محمد أســـامة عبد الله، المسئولية الجنائية الأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص400.

ولو تأملنا معرفة هذه المصالح سوف يكون ذلك عن طريق النصوص القرآنية الكريمة والسنة النبوية الشريفة أولاً، ومن ثم عن طريق الأدلة الشرعية التي أشير إليها في هذه النصوص ومن بينها الاستحسان، وسد الذرائع الذي يستند إليه الحكم الشرعي في حل هذه المسائل إلى حالة الضرورة أو المصلحة الراجحة، استثناء من القواعد الأصلية في بعض المسائل الجزئية، والتي لا تتحقق فيها المصلحة بتطبيق القواعد الأصلية.

ولو تأملنا الشريعة الإسلامية بنصوصها القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية لم نجد نصا أو حديثا صريحا يبيح نقل الأعضاء إلى يوماً هذا. فقد يوجد في النصوص ما يقوم بذلك، ولكن لم يتوصل المفسرون إليه، ولكن يمكن القول استنادا إلى الروح العامة للشريعة الإسلامية واستنادا إلى المبادئ الجليلة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ومنها الايثار لقوله تعالى: {وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ}[الحشر:9].

واستنادا كذلك على الأدلة التي اقترحتها النصوص التي تستند إلى الحكم بها إلى حالة الضرورة أو المصلحة الراجحة، وهو الاستحسان وسد الذرائع، ترى بأن الشريعة الإسلامية تجيز نقل الأعضاء البشرية.

وقد جاءت فتاوى بهذا الشأن إلى جواز ذلك، وكان سند هذه الفتاوى تلك الأدلة فأجازت نقل الأعضاء البشرية كالكلية، إذا تبين بأن عملية زرع العضو البشري ناجحة وثبت وجود فائدة من نقل العضو على سبيل القطع لا على سبيل الظن، ولم يترتب على ذلك أي ضرر للشخص المعطي(1).

فإننا نرى بما ذهب إليه كثير من الفقه، من أن الشريعة الإسلامية لم تقف حجرة أمام التقدم العلمي الذي حصل في ميدان نقل الأعضاء والأنسجة البشرية، فهي تجيز هذا النقل من إنسان حي إلى آخر مريض وتعتبر مشروعة بشرط أن يكون هذا النقل للأعضاء المزدوجة(2).

وأن لا يترتب أي ضرر جسيم يهدد الحياة أو السلامة الجسدية، وأن هذا الأمر في الحقيقة لا يتنافى مع الحماية الجنائية لجسم الإنسان والتكريم الذي خصه الله سبحانه وتعالى للإنسان، وأن النقل في كل ذلك يجب أن يكون ضمن الشروط التي تستوجبه، ولعل من هذه الشروط منها ما هو متعلق بالشخص المراد النقل منه وهو المتبرع لكونه هو المتضرر وهو وجوب رضاء المعطي، وإن يكون هذا الرضاء صادرا من إرادة حرة، وأن لا يعيبها أي عارض من عوارض الأهلية ويبقى هذا الرضاء قائما لحين الاستقطاع

(1) فتاوى الأزهر، ندوة نقل الكلى والكلى الصناعية المنشورة في المجلة القومية الجنائية العدد الأول – مارس 1978- ص153.

(2) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

إلا إذا تراجع المعطي عن ذلك فيكون لرجوعه محل اعتبار، فالشخص الذي صدر عنه الرضا باستقطاع أحد أعضائه البشرية فهو يعتبر متبرعاً بأحد أعضائه وهو في ذلك يعتبر واهبا لذلك العضو، وطالما أن الواهب يستطيع أن يتراجع عن ما وهب به، فهو إذن يستطيع أن يتراجع عن رضائه، ويعتبر بعد ذلك الرضاء كأن لم يكن.

وإضافة إلى شروط الرضا لغرض الاستقطاع يجب كذلك أن تتوافر الشروط الأخرى التي تتعلق بحق الله سبحانه وتعالى والتي تتعلق بجسم المعطي والمتلقى، والتي يترتب على اجتماعهما توافر حالة الضرورة وأن هذه الشروط يبنى على أساسها الإذن من الشروع للإعطاء وأن من هذه الشروط منها ما هو متعلق بالكرامة الإنسانية حيث يجب أن يكون هناك غاية وهدف من الاستقطاع وأن يكون ذلك الاستقطاع ضروريا وبشرط أن يكون ذلك دون مقابل(1).

وإضافة إلى ذلك يجب أن تتحقق الشروط التي تقتضيها الموازنة بين المصالح والمفاسد، والتي منها قيود تقتضيها مصلحة المعطي وهي عدم إصابته بضرر فاحش وقيود تقتضيها مصلحة المتلقى للعضو البشري، ويبنى على ذلك جواز للشخص أن يتصرف بأحد أعضائه إذا كانت هناك ضرورة صحيحة تقتضي ذلك وأن يإذن الشرع بهذا الاستقطاع.

---

(1) حسن عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص38.

المبحث الثاني حماية جسم الإنسان في القانون

إن الحق في سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحيمها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي، وأن يتحرر من الآلام البدنية(1).

-1-حق الإنسان في سلامة جسده

وحق الإنسان في سلامة جسده يبنى على ثلاث عناصر أساسية(2):

أولا: الحق في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو طبيعي، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء أو الأجهزة، يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم، ويتحقق هذا الإخلال إذا ألم بالجسم مرض، أي هبوط بالمستوى الصحي – البدني أو العقلي أو النفسي –، فإذا أصيب الإنسان بمرض -أي فعل من شأنه زيادة في مقدار المرض- يعد مساساً بسلامة الجسم.

ثانياً: الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة، فكل فعل يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء،

([1]) محمود نجيب حســـني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجله القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959، ص571.

([2]) أحمد شـــوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطلب الحديث لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص20.

سواء بالبتر أو باستئصال جزء منها، أو إحداث تغيير ينال من تماسك الخلايا أو الأنسجة أو يضعفها منها، يعد مساساً بسلامة الجسم وتكامله يجرمه القانون، ويستوى كون هذا المساس قد ترك أثراً بالجسم لفترة وجيزة أو لم يترك هذا الأثر؛ فإجراء عملية جراحية، ولو كانت يسيره تعد مساساً بسلامة الجسم، ولا تخرج عن دائرة التجريم، إلا بفضل سبب إباحة، وهو ترخيص القانون لمن أجراها.

ثالثاً: الحق في أن يتحرر الإنسان من الآلام البدنية، ويتحقق هذا الآلم بما يلحق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح والسكنية، فأي فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية لم تكن موجودة من قبل أو الزيادة من مقدارها، يعد مساسا بالحق في سلامة الجسم ولو لم يترتب على ذلك الهبوط بمستواه الصحي أو الانتقاص من أعضاء الجسم أو الإخلال بوظائف هذه الأعضاء.

وبذلك نتوصل إلى أن المشرع أسبغ حماية على جسم الإنسان كله بجميع أعضائه ووظائفه العضوية والحيوية، بل لم يقتصر مدلول الجسم على الجانب المادي فقط وإنما يشمل كذلك الجانب النفسي والعقلي.

وإذا تطرقنا إلى تعريف الحق في حماية جسم الإنسان، فإننا نجد أن للحق في سلامة الجسم "جانبا موضوعيا" يتمثل في التكامل الجسدي لجسم الإنسان، و"جانبا فردياً" يتمثل في حق الفرد في أن يكون جسمه مكفول الحماية ولا يقوم أحد بالاعتداء عليه،

وهناك جانب متعلق بالمجتمع الذي له حق في حماية الجسم من الاعتداءات التي تقع عليه، إذ إن الفرد يؤدي للمجتمع بعض الواجبات فإذا كان هناك مساس بسلامة جسمه، بحيث لم يعد قادرا على تأدية هذه الواجبات والالتزامات على الوجه المطلوب فإن ذلك يعد اعتداء على حق المجتمع(1).

-2-الحق في سلامة الجسد

إن هناك مثار جدل وخلاف بين الفقه في اعتبار الجسد وسلامته مجالاً للحق أم لا؟.

أولاً: الرأي الأول: فقد ذهب جانب من الفقه إلى إنكار صفة الحق على ما اصطلح على تسميته بـ "الحق في سلامة الجسد"؛ تأسيسا على حجج نجملها فيما يلي:

1- أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبا له ومحلا يقع عليه، فيجب أن يكون الشخص -صاحب الحق- منفصلاً ومتميزا عن المحل، وهو ما لا يتحقق فيما اصطلح على تسميته بـ "الحق في سلامة الجسد" أو "الحق على الوعاء المادي".

([1]) سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص41.

2- إن ما يسمى بـ "الحق في سلامة الجسد" لا يمكن أن يكون موجوداً إلا حيث يوجد اعتداء عليه، فطالما أنه لم يقع اعتداء على الجسم فإنه لا وجود للحق، وإنما ينشأ هذا الحق للمعتدي عليه في حمايته وإصلاح ما أصابه من أضرار بسبب الاعتداء بعد وقوعه، إذ يكون مصدر الحق في هذه الحالة فعل الاعتداء غير المشروع وما يترتب عليه من مسئولية المعتدي من الضرر الناتج عن هذا الاعتداء(1).

ثانياً: الرأي الثاني: ولم تكن وجهة النظر هذه محل قبول لدى جانب آخر من الفقه، فتولى الرد عليها وذهب إلى أن وصف الحق على علاقة الإنسان بجسده وسلامته أمر جدير بالتأييد، وكانت حججه على النحو الآتي:

1-أنه ليس صحيحا اختلاط محل الحق بصاحبه في الحق في سلامة الجسد، فالحق هنا قيمة من القيم التي تشكل أحد مقومات الشخصية(2)، يضاف إلى ذلك أنه ولو فرضنا أن هناك خلطاً بين المحل وصاحب الحق فالعبرة بأن ينظر لكل منهما نظرة مستقلة ومتميزة.

---

(1) حشام الدين الأهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988، ص577.

(2) عبد المنعم فرج المصده، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص319.

2-أنه من غير المقبول التسليم بأن الاعتداء هو الذي ينشئ الحق في سلامة الجسد، ذلك أن هذا الحق موجود أصلا، وإلا لما كان هناك ضرورة لتعويض الشخص عما يلحقه من ضرر نتيجة الاعتداء، أي أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا لأن هناك حقا وقع الاعتداء عليه، فإذا لم يوجد حق للإنسان على جسده وسلامته فعلى أي أساس تقام دعوى المسؤولية المدنية، بل إن خطورة هذا الحق وأهميته حدتا بالمشرع إلى إيجاد وسائل حماية وقائية وعدم الاكتفاء بالتعويض عن الاعتداء الضار، فقد أكد المشرع نفسه على عدم اشترط إثبات الضرر لإقامة المسؤولية المدنية بخصوص الحقوق الملازمة للشخصية كالحق في سلامة الجسد(1).

3-أن استخدام وصف الحق في صدد العلاقة بين الإنسان وجسده فيه نوع من الضمان المعنوي للأفراد فضلا عن الضمان القانوني.

4-إن الشخص يستعمل دون غيره سلطات معينة على جسده ولا يشاركه في ممارستها أحد غيره(2).

([1]) المادة 50 من القانون المدني المصري وفقا لأخر تعديلاته التي تنص على (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشــــروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر).

([2]) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، مرجع سابق، ص321.

-3-طبيعة حق الإنسان في الحفاظ على سلامة جسده

وإذا ما خلصنا إلى أن للإنسان على بدنه حقا، فإن التساؤل الذي قد يثار في هذا الصدد سيكون حول طبيعة هذا الحق؛ فهل يعد حق الإنسان على جسده من قبيل الحقوق الشخصية؛ أم أنه يعد حقا عينيا كحق الملكية أو الانتفاع؟.

إذا كان الحق الشخصي هو عبارة عن رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل فإن اعتبار حق الإنسان على جسده حقاً شخصياً يجعلنا نتساءل عن طرفي الحق، فإذا ما كان الشخص نفسه هو صاحب الحق -الدائن- فمن هو المدين؟. وما هو الأداء الذي يلتزم به؟.

قد يقال إن المدين في هذا الصدد هو أفراد المجتمع كافة -باستثناء الدائن طبعا - ويلتزم هؤلاء بعدم معارضة أو إعاقة صاحب الحق في استعمال سلطات حقه، فالمدين الذي هو بقية أفراد المجتمع يقع عليهم التزام سلبي عام يتمثل بعدم مضايقة صاحب الحق.

ولكن مثل هذا التصور ربما لا يكون صحيحاً؛ إذ إنه لا يخلو من الخلط بين فكرة الالتزام من جهة، وفكرة الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير من جهة أخرى(1).

وقد يؤدي عدم اعتبار الحق على الكيان المادي للإنسان حقا شخصيا إلى القول بأنه حق عيني، والذي هو عبارة عن سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، كحق الملكية أو حق الانتفاع، فقد تبنى جانب من الفقه رأيا ذهب فيه إلى أن للإنسان على جسده حق ملكية، إذ ذهب إلى أن الجسم يتكون من مجموعة من الأعضاء والخلايا، وهو بذلك لا يختلف عن غيره من الكائنات الحية، فهو من هذه الناحية كأي شيء، ويعامل معاملة الأشياء، وبالتالي فإن الإنسان يملك جسده ملكية مطلقة ويستطيع الاحتجاج به على الغير باعتباره مالكاً(2).

ولم يؤيد البعض الآخر هذا الرأي؛ لإغفاله حق المجتمع على جسد الإنسان، فذهب إلى القول بأن للإنسان على المجتمع حق ملكية على الجسد، أي أن الحق على الجسد من الحقوق التي تجمع بين الطبيعة الفردية والطبيعة الاجتماعية، فهو ذو طبيعة مزدوجة، للإنسان فيه جانب أخر،

([1]) هيثم حامد المصاروه، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج، عمان، ط1، 2000، ص80.

([2]) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، العدد (18) سنة 1996، ص54.

وبالتالي إذا كان لهذا الحق نطاقه الذي يعطي فيه القانون لصاحبه سلطة التصرف فيه، فإن لهذا الحق نطاقه الاجتماعي، فلا يجوز للإنسان التصرف في جسده بإرادته المنفردة(1).

-4-الفرق بين الجانب الاجتماعي والفرد للحق في سلامة الجسد

يبقى الآن التساؤل عن المعيار الذي يمكن من خلاله التفريق بين الجانب الاجتماعي والفردي للحق على الجسد؟.

فقد لا يكون مهما إذا ما تساءلنا عن سلطة التصرف التي يملكها الفرد أو المجتمع على الجسد، فحق ملكيته يخول صاحبه سلطة التصرف والاستغلال والاستعمال، بينما ليس للمجتمع التصرف -بغير الحق- بحياة الأفراد وأجسادهم وأعضائها، وهو ما ينطبق على الفرد أيضاً فالحق على الجسد لا يقضي إلا إلى استعمال بعض السلطات المحددة والتي لا تشمل أهم سلطة في حق الملكية وهي سلطة التصرف.

(1) المرجع السابق، ص58.

من ذلك ذهب جانب أخر من الفقه إلى أن للإنسان على جسده حق الانتفاع لفترة مؤقتة، وهي مدة حياة الإنسان، إذ تبقى سلطة التصرف لله عز وجل، وسلطتا الاستعمال والاستغلال للإنسان طوال حياته وحتى وفاته، إذ ينتهي حق الإنسان في الانتفاع، وبالتالي فلا يجوز للإنسان التصرف في جسده أو في جزء منه في حياته أو بعد مماته لأنه ليس بمالك لجسده(1).

وعلى الرغم من أن هذا الرأي قد تفادى الكثير من أوجه النقد التي وجهت لغيره، إلا أنه لا يخلو من بعض جوانب القصور؛ فحق الانتفاع للفرد على جسده ليس مطلقاً أو خالصاً له، إذ أن للمجتمع كذلك جانبا فيه لا ينكر وجوده وأهميته، فكما أن للفرد مصلحة في جسده وأعضائه تقتضي حمايته والمحافظة عليه لكي يكون صالحا لتحقيق المصالح والمنافع الخاصة بالفرد، فإن للمجتمع أيضاً مصلحة في هذا الجسد وفي كل عضو منه تقتضي حمايته والمحافظة عليه، حتى من الفرد صاحبه إذا اقتضى الآمر، إذ لا يمكن أن تتحقق للمجتمع منفعة أو غاية إلا بواسطة أفراده، وسواء أكان عمل تلك المنفعة أو الغاية بأيدي الأشخاص أو أدمغتهم،

(1) محمد المرسـى زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشـرعية، القاهرة 1990 ص371.

فمجموعة الالتزامات التي للمجتمع على الفرد تقضي بأن لكل عضو من أعضاء جسد أي فرد أهمية وضرورة لكونه يسهم في تحقيق قدر من مصالح المجتمع وأهدافه؛ لذلك كان القول بأن الحق على الجسد حق ذو طبيعة مزدوجة يشترك فيه الفرد والمجتمع.

-5-خصائص العلاقة القانونية بين الإنسان وجسده

إذا ما أمكن التوصل إلى أن للإنسان على جسده حقاً، وتحديد طبيعة هذا الحق، فأننا نخلص إلى خصائص العلاقة القانونية بين الإنسان وجسده ونجملها في الآتي(1):

أولاً: حق الإنسان على جسده، حق غير مالي: حيث إن حق الإنسان على جسده وأعضائه لا يقوم بمال، إذ لا يمكن الاعتياض عنه.

فإذا كان المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل، فإن حق الإنسان على جسده وأعضائه وسلامتها لا يعد من قبيل المال؛ لأنه لا يجوز أن يكون له قيمة مادية في التعامل بها، فهو ذات طبيعة عضوية تحول دون إمكانية بقائه حياً دون تلف إذا ما أنفصل عن الجسم. كما أن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون مجالاً للادخار والاكتناز كالأموال

(1) هيثم حامد المصاروه التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص84.

فمن غير المتصور أيضاً أن يدخر إنسان إنساناً أخر أو أن يدخر إنسان عضواً من أعضاء جسده لوقت الحاجة، حتى ولو أمكن المحافظة على أعضاء الإنسان بعد استقطاعها لفترة ما بواسطة ما توصل إليه العلم والطب من تقنية، فإن تقويم هذه الأعضاء يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي فإنه لا يعد مشروعا في القانون؛ فالقانون وإن لم ينص صراحة على منع تقويم أعضاء الإنسان وجسده في ذلك إلا لأن هذا الأمر أقرب ما يكون للمسلمات التي ربما لا يكون هناك موجب للنص عليها مباشرة؛ فالإنسان غاية التنظيم القانوني ولا يجوز جعله كالأشياء أو الأموال، ولا يحتج على عدم تقويم أعضاء الإنسان وحقه عليها بأنه يمكن التعويض عنها حال الإضرار بها أو إتلافها، فما ذلك إلا صيانة لها من أن تضيع هدرا وأن تصبح كأي شيء عديمة القيمة، فللإنسان أهمية وقدسية في القانون تجعله لا يقارن بالأشياء أو يقوم بالأموال(1).

ثانياً: حق ذو طبيعة مزدوجة: على الرغم من أن الجسد يهم صاحبه بالدرجة الأولى، إلا أن ذلك لا يمنع أن يكون للمجتمع فيه جانب، فالحق على الجسد حق مشترك، ويجب على صاحبه أن يلزم حدود حقه بأن لا يتعدى الغاية والوسيلة والشروط التي يقرها المشرع لمباشرة هذا الحق(2).

([1]) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مرجع سابق، ص243.

([2]) عبد السـلام على المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون (نظرية الحق)، منشورات الجامعة المفتوحة- طرابلس، 1994، ص20.

ثالثاً: حق لا يجوز التصرف به: إذا كان جسد الإنسان وأعضاؤه وسلامته لا يعد من قبيل الأموال، فإن ذلك يعني عدم جواز التصرف بها للأسباب نفسها التي منعت تقويمها، وبالتالي تصبح الأعضاء البشرية لا تدخل الذمة المالية للشخص ولا يجوز جعلها مجالا للتعاقد أو التنازل عنها للغير، فحق الإنسان على جسده وأعضائه لا يجوز التعامل أو التصرف به؛ لأنه ملتصق بالإنسان، ويشكل امتدادا ضرورياً له باعتباره أحد مقوماته.

رابعاً: حق غير خاضع لأحكام التقادم: إن حق الإنسان على جسده وأعضائه لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط(1)، إذ لا يمكن أن يكسب شخص ما الحق على أحد الأعضاء البشرية بالحيازة لمدة ما، كما لا يمكن أن يسقط حق إنسان على عضو انتزع منه بمرور مدة معينة، فالنصوص الخاصة بالتقادم لا تسرى على حق الإنسان على جسده وأعضائه؛ لأنه حق غير مالي وخارج عن دائرة التعامل، لذلك فإن الشخص الذي انتزع منه عضو ما يستطيع أن يدفع دعوى أمام القضاء لاستعادة ذلك العضو، مهما مضى عليه من زمان، فانتزاع العضو على هذا النحو لا يشكل تهديداً حالا لحياة الشخص وصحته فحسب، بل ويعد أيضاً اعتداء مستمراً على حق الشخص في التكامل الجسدي.

([1]) رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص332.

خامساً: حق لا ينتقل بالإرث: فحق الإنسان على جسده لا ينتقل إلى ورثته حال وفاته، فلا يرث الورثة الجثة ولا أي عضو منها، وحتى لو كان أحدهم بحاجة ماسة إلى هذا العضو، فلا يعد جسد الإنسان وأعضاؤه بعد وفاته من عناصر الذمة المالية للمتوفى، ولا يجوز بالتالي إعطاؤه أو توزيعه على الورثة، أو السماح لهم بالإذن للغير باستخدام الجثة لأي غرض أو استقطاع أي جزء منها(1).

سادساً: حق يحتج به على الكافة: إن واجب احترام الكيان البدني للإنسان وسلامته من أي مساس أو تصرف واجب يقع على الجميع، ومخالفته يعد من قبل العمل غير المشروع الذي لا يجيزه القانون(2).

ومما تقدم فإن معارضي عمليات زرع الأعضاء البشرية يستندون في حظرهم لإجرائها إلى أن حق الإنسان على جسده لا يعد من قبيل حق الملكية أو الانتفاع، كما أنه لا يعد من قبيل الحق الشخصي، بل يمكن إدخاله ضمن طائفة الحقوق اللصيقة بالشخصية، وبالتالي فهو حق غير مالي ولا يجوز التصرف به بإجراء الاتفاقات عليه أو التنازل عنه أو عن أي جزء منه إلى الغير.

---

(1) المرجع السابق، ص333.

(2) حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988، ص593.

وحظر التصرف هذا يجب أن يكون مطلقاً تجاه بيع الإنسان لأعضاء جسده أو هبته إياها، ومهما كان الباعث من وراء ذلك فالسماح بإجلاء مثل هذه التصرفات ينص بالضرورة إلى امتهان الإنسان وابتذاله بجعله مالاً، ويفتح الباب أمام أخطار كبيرة وجمة يصعب حصرها وضبطها؛ إذ يؤدي السماح بتنازل الإنسان عن أعضائه إلى رواج تجارة خطيرة بالأعضاء البشرية، فضلا عن إتاحة المجال أمام استغلال الفقراء والمعوزين بسلبهم أعضاء أجسادهم أو جثتهم لزرعها في أجساد أشخاص يملكون المال.

-6-تشريعات نقل وزراعة الأعضاء البشرية

مما تقدم نتطرق لعرض بسيط لبعض التشريعات العربية التي شرعت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

فهناك بعض من التشريعات العربية التي شرعت مثل هذا النوع من العمليات، ونذكر منها على سبيل المثال والتوضيح لا على سبيل الحصر:

أولاً: ليبيا: لقد أباح المشرع الليبي نقل وزرع الأعضاء البشرية لاستخدامها في الأغراض الطبيعية، وقد تم ذلك بالنسبة لنقل الأعضاء البشرية بين الأحياء عبر نص المادة (15) من القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية(1)؛

(1) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم (28) لسنة 1986 انظر نص القانون ملحق رقم 1.

حيث نصت هذه المادة على: "أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكن ذلك بموافقته وبعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حيا".

وبالنظر إلى نص هذه المادة نرى أنها توفر للطبيب المعالج وللواهب غطاءً قانونياً كافياً لدرء المسؤولية القانونية عنهما، وذلك إذا تمت العملية في الإطار وبالشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

بناء عليه يمكن القول، أن المشرع الليبي قد جارى التقدم العلمي، واستجاب لمتطلبات التقنية الطبية الحديثة، ومن ثم أباح نقل الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى(1)، وفي الحالتين حدد المشروع الشروط وبين الأوضاع التي ينبغي مراعاتها للقيام بهذه العمليات الخطيرة والهامة.

وبهذا يكون القانون الليبي قد حقق قفزة تشريعية هائلة واكب بها التطور العلمي الحديث واستجاب لمتطلباته، وفي الوقت نفسه أخضعه لحكم القانون بما يتلائم مع مصلحة الإنسان، وبما لا يتعارض مع حقوقه الأساسية كحقه في الحياة وحقه في سلامة الجسد(2).

([1]) القانون رقم (4) لسنة 1982، انظر الجريدة الرسمية العدد (70) لسنة 1982.

([2]) فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ط1، 1996، ص64.

ثانياً: سوريا: أصدر المشرع السوري القانون رقم (31) لسنة 1972، والقانون رقم (43) لسنة 1986، و(30) لسنة 2002 بشأن الانتفاع بأعضاء الجسم(1).

ثالثاً: الأردن: كذلك أصدر المشرع الأردني القانون رقم (23) لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان والمعدل بالقانون رقم (17) لسنة 1980(2).

رابعاً: لبنان: أصدر المشرع اللبناني القانون رقم (109) لعام 1983 بشأن الانتفاع بأعضاء الجسم.

خامساً: الكويت: صدر القانون رقم (30) لسنة 1972 بإنشاء بنك العيون، ثم صدر القانون رقم (7) لسنة 1983 والخاص بعمليات زراعة الكلى للمرضى، ثم صدر القانون رقم (55) لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء البشرية(3).

سادساً: العراق: في سنة 1986 قام المشرع العراقي بإصدار القانون رقم (85) لسنة 1986 بخصوص عمليات زرع الأعضاء البشرية.

([1]) انظر نص القانون ملحق رقم 2.

([2]) انظر نص القانون ملحق رقم3 .

([3]) انظر نص القانون ملحق رقم 4.

سابعاً: الإمارات العربية المتحدة: هذا وقد صدر بدولة الإمارات العربية المتحدة تشريع برقم (15) لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية(1).

ثامناً: تونس: صدر القانون رقم 22 لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها(2).

تاسعاً: قطر: أصدر المشرع القطري قانوناً رقم (21) لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية(3).

عاشراً: البحرين: صدر قانون بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بمملكة البحرين سنة 1998 تحت رقم (16)(4).

مما تقدم نجد أن أغلب التشريعات العربية تضمنت أحكاماً لنقل وزراعة الأعضاء البشرية تناولت في أغلبها ما يلي:

1- إجازة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر؛ بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة.

2- أن يكون للشخص كامل الأهلية الحق في أن يتبرع أو يوصى بأعضاء جسمه بشروط معينة.

---

(1) انظر نص القانون ملحق رقم 5.

(2) انظر نص القانون ملحق رقم 6.

(3) انظر نص القانون ملحق رقم 7.

(4) انظر نص القانون ملحق رقم8.

3- حظر نقل العضو الذي يؤدي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له من واجب حتى وإن وافق المعطي.

4- أن تجرى جميع العمليات بالمراكز الطبية المحددة طبقا للقانون بعد التحقيق من اكتمال كافة الإجراءات.

5- التشدد في طلب رضاء المعطي مع الآخذ بشرطية الكتابة للتعبير عن الرضاء، سواء كان المعطي متبرع أو موصى، هذا إضافة إلى اكتمال أهليته.

6- حظر بيع أو شراء الأعضاء البشرية، أو الاتجار بها.

هذا وقد صدر مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية(1)، بناء على محضر اجتماع وتوصيات مجلس وزراء الصحة العرب بتونس في الفترة من (16 إلى 1986/12/18)(2).

ولكن ماذا عن سريان القوانين الجزئية التي نظمت نقل بعض الأعضاء التي حددتها -العيون فقط، أو الكلى فقط- على سائر الأعضاء الأخرى؟.

([1]) انظر نص القانون ملحق رقم9.

([2]) انظرنص محضر الاجتماع ملحق رقم 10.

1- لقد ذهب البعض بأنه يجوز القياس على ذلك بسريان هذه القوانين على جميع الأعضاء البشرية، ولا يوجد تعارض مع مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، حيث أن القياس المحرم في القانون الجنائي هو الذي خلق جريمة أو عقوبة جديدة.

فالقياس لتفسير النصوص التي تتكلم عن الأسباب المباحة، ولا يؤدي هذا الأمر إلى خلق أسباب جديدة، وإنما توسيع دائرة هذه الأسباب لتشمل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة، ولأنه لو عرضت عليه لقرر بشأنها ما قرره فيما لو عرض عليه.

ولما كانت بعض القوانين الجزئية قد أباحت من وجهة هذه النظرية استئصال العيون -مثلاً- فإنه يعتبر ذلك استعمالاً لحق مخول بموجب القانون، فأساس الإباحة هو ليس رضا المتبرع، وإنما استعمال الحق، وأن هذا السبب يمتد حكمه إلى جميع حالات التنازل عن أجزاء جسم الإنسان الأخرى، فالقياس يكون في أسباب الإباحة، وهو أمر جائز في القانون الجنائي(1).

([1]) حســـام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، جامعة عين شمس، 1975، ص80.

2- وفي مقابل هذا ذهب رأى آخر إلى أنه لا يمكن الاستناد على القانون الذي أباح نقل بعض الأعضاء وسريانه على جميع الأعضاء الأخرى؛ لأن الأصل هو عدم جواز نقل الأعضاء، والقانون الذي أجاز نقل بعض الأعضاء يعتبر استثناء، فلا يجوز القياس عليه، كما أن القانون الذي أباح نقل بعض الأعضاء لم ينشأ سببا من أسباب الإباحة، بل إنه يقرر مانع من موانع المسؤولية، ومن أجل ذلك وحل لكل الإشكال كان على المشرع في الدول التي لم تسن قانون يبيح إجراء مثل هذه العمليات العمل على سن تشريع يبيح إجراء هذه العمليات لكي لا يتعرض الأطباء للمسؤولية الجزائية وأن تعمل هذه العمليات -نقل وزرع الأعضاء- تحت طائلة القانون وذلك نظراً لأهميتها البالغة، وانتشارها الواسع.

المبحث الثالث العضو البشري بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

يتكون جسم الإنسان من مجموعة مترابطة من الأنسجة والأعضاء التي جعلها الله سبحانه وتعالى في أحسن صورة فقال سبحانه: {لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ}[التين:4].

وفكرة العضو في الوقت الحاضر قد شدت تطوراً كبيراً، وذلك عند تقدم العلوم الحديثة، فهي في القاموس الفرنسي "D.Robert"، ويرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر، وهي مشتقة من كلمة "organon" والتي معناها الأداة أو الأدلة التي تستخدم في العمل(1).

أما من الناحية البيولوجية فإن العضو البشري يعني مجموعة من العناصر الخلوية والمتشابكة والقادرة على أداء وظيفة محددة. وأنها لا تتحدد بمساحة معينة من جسم الإنسان، فقد يكون العضو كبيراً وقد يكون العضو صغيراً لا يهم في ذلك ما دام العضو يؤدي الوظيفة الطبيعية والغرض الذي من أجله أنشأه الله سبحانه وتعالى، حيث أن أداء وظيفة العضو تعتمد إلى حد كبير على سرعة الأعضاء الأخرى في امتصاص المواد التي يفرزها العضو.

([1]) محمد الشوا، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص69.

فالعضو إذاً: هو عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم سواء أكانت ظاهرة في وظيفتها أي خارجية أو كانت داخلية فكلها أعضاء بشرية.

وهو كذلك: الجزء الحي من المكونات الطبيعية للجسم، بحيث لا يتوقف على نقله تعريض حياة الإنسان للخطر(1).

والعضو البشري لغوياً:-يضمن العين- هو كل لحم وافر من الجسم بعظمه أو هو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف(2).

وبذلك نرى أن العضو البشري يجب أن يكون عظما يغطيه اللحم حتى يعتبر عند اللغوي عضوا، ولكن هناك كثير من أعضاء الجسم ليس فيها عظم ومع ذلك تعتبر من الأعضاء ولا يكسوها لحم وتعتبر من الأعضاء، فالقلب والكبد، والعين والأذن والرئتان وغيرها تعتبر أعضاء في جسم الإنسان، إلا أنها لا تعتبر أعضاء إذا نظرنا إليها وفق مفهوم اللغويين.

([1]) عبـــد الوهاب عمر البطراوي، بحوث جنائية حديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1996، ص23.

([2]) عبد الله البستاني، الوافي (معجم وسيط اللغة العربية)، مكتبة لبنان، بيروت، 1980، ص413.

أما العضو البشري اصطلاحاً: فقد ذهب البعض إلى تعريفه بكونه: جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء أكان متصلا به أم انفصل عنه، وأن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان(1).

وهذا التعريف يعتبر الدم عضوا بشريا على الرغم من أن البعض لا يرى صوابا اعتباره من بين أعضاء جسم الإنسان مستنيرا بالتعريف اللغوي الذي سبق ذكره فالدم ليس عظماً يغطيه اللحم. والحقيقة أن بعض الفقه لا يرى اعتبار الدم من بين الأعضاء البشرية صوابا، ويفترض أن يورد فيه حكما خاصا.

هذا وقد عرف بعض الفقه العضو بأنه: ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان، والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى، أما النسيج فهو عبارة عن خليط محدد من مركبات عضوية كالخلايا أو الألياف والتي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله كالنسيج العام والعضلي والعصبي(2).

---

(1) منذر، الفضلي، التصرف القانون في الأعضاء البشرية، دار الشئون الثقافية، بغداد، ط1، 1990، ص17.

(2) محمد سامي، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، بجامعة الزقازيق، ص555.

والعضو من الناحية الطبية: هو مجموعة من الأنسجة التي لها شكل متميز يمكن التعرف عليه، وهو يؤدي وظائف معينة، أما الدم فهو نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تسمى البلازما ويحتوي على مواد بروتنية تتحول إلى ألياف عند حصول عملية التخثر. فالدم بحد ذاته نسيج بينما العضو يتكون من عدد من الأنسجة، والنسيج مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة خاصة بها. إضافة إلى ذلك فالعضو له شكل معين كالعين والكبد والرئة وسائر أعضاء الجسم أما الدم فشكله متغير زيادة ونقصان(1).

وهناك تعريف أخر للدم - هو - السائل الأحمر الذي يوجد بالجهاز الدوري للجسم ويملأ الشرايين، والأوردة، ويجرى في عروق كل الفقاريات الحية بما في ذلك الإنسان(2).

([1]) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص51.

([2]) محمد عبد المقصود حسن، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999، ص29.

ويتكون الدم من عناصر لها أشكال متنوعة تدور في سائل معين يطلق عليه البلازما وهو سائل تتحرك فيه عناصر الدم على نحو تسمح له بالقيام بوظائفه المتعددة في جسم الإنسان، وعناصر الدم ثلاثة الكريات الحمراء - والتي تعمل على نقل الإكسجين إلى الأنسجة، والكريات البيضاء - والتي تقوم بدور الدفاع المناعي ضد المكروبات، وأخيرا صفائح الدم التي تقوم بدور أساسي في تجلط الدم ووقف النزيف(1).

أما من وجهة نظر القانون فإن العضو البشري: يتكون من عدد من الأنسجة، فجسم الإنسان -كما هو معروف- يتكون من مجموعة من الأعضاء، وتعتبر الخلية هي الوحدة الأساسية في تكوين الجسم، والتي بمجموعها تكون الأنسجة المختلفة.

وفيما يلي سوف نتعرف على مفهوم العضو البشري من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

---

(1) أمين مصـــطفى محمد، الحماية الجنائية للدم، دار الجامعة الجديدة للنشـــر، الاسكندرية، 1999، ص12.

-1-مفهوم العضو البشري في الشريعة الإسلامية

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ العضو على ماله وظيفة تميزه عن غيره، كالعين واللسان واليد والرجل ونحو ذلك، وبناء على ذلك فإنهم في الجناية الخطأ يوجبون الدية كاملة في إزالة جنس العضو أو منفعة، فما ليس منه في الجسم إلا واحدا وجبت فيه الدية كاللسان، وما كان في الجسم منه أثنان وجبت فيهما الدية وفي أحدهما نصف الدية.

أولاً: تعريف العضو في البشري في الشريعة: هو الجزء المستقل عن غيره بمفصل حتى إذا كان منفصلاً بعضو أكبر، حيث ذهبوا إلى وجوب القصاص في كل عضو يقطع من المفصل.

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى تعريف العضو بأنه: "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين سواء أكان متصلا به أم أنفصل عنه"(1).

([1]) قرار رقم 26 (4/1) من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 6-11 فبراير، 1988. مجلة المجمع، عدد 4، ج1، ص59.

وعرف العضو كذلك بأنه: "أي جزء من أجزاء الإنسان، سواء كان عضواً مستقلاً كاليد والكلية والعين وغير ذلك، أو جزءاً من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا، وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر، وما لا يستخلف، وسواء منها الجامد كالجلد، والسائل كالدم واللبن، وسواء كان ذلك متصلاً أو منفصلاً عنه"(1).

وذهب فقهاء الشريعة كذلك بأن أطلقوا لفظ العضو على الجزء من الجسم الذي ربما لا تكون له وظيفة سوى الجمال كالشعر، وعلى ما يتجدد كالأظافر، حيث يذهبون إلى أنه لو وجد شعراً أو ظفر لشخص علم بموت صاحبه وجب لفة بخرقة وموارته(2).

ثانياً: تقييم العضو البشري في الشريعة الإسلامية: إن تقييم العضو البشري ينصب على تقييمه في نظر الشريعة الإسلامية فيما إذا كان يعتبر مالاً يصح التعامل به من عدمه، حيث إن الوقوف على ذلك يترتب عليه تحديد نوع التصرف غير المشروع الذي يقع على العضو البشري.

ومن أجل ذلك يجب أن نعرف أولاً: معنى المالية والتقويم في الشريعة الإسلامية بشكل عام، ثم نأتي بعد ذلك إلى تطبيقات المالية والتقويم على الإنسان والأعضاء البشرية لجسم الإنسان.

---

(1) هيثم حامد، نقل الأعضـــاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص12.

(2) عارف على، مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية، بغداد، 1991، ص10.

1- معنى المالية والتقويم وشروطهما: هناك مبدأ في الشريعة الإسلامية يذهب إلى أن محل الحقوق والعقود هي الأموال وليس الأشياء، فالمال وحده يصلح أن يكون محلا للعقد والحق، وعكسه الشيء إلا إذا كان يعتبر من الأموال.

وعرف المال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات متعددة كلها تدور حول المال باعتباره شيئاً يحل الانتفاع به وقت السعة، ويمكن حيازته، ويتموله الناس بأن تكون له قيمة في السوق ويضمنه متلفه(1).

وقد اتفق فقهاء الشريعة في الشيء الذي يجوز التعامل به أن يكون مالاً متقوماً، ولكنهم اختلفوا في التعبير عنه وذهبوا إلى اتجاهات مختلفة منها:

الاتجاه الأول: ذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن الأصل في الأشياء التي يجوز التعامل بها أن تكون مالاً، وأغفلوا شرط التقويم، وإغفالهم لهذا الشرط، ليس لأنهم يذهبون إلى عدم اشتراطه بل لأنهم يرون أن شرط التقويم مندمج بشرط المالية، فالمالية بحد ذاتها تتضمن شرط التقويم.

فالمال من وجهة نظرهم، هو كل شيء منتفع به حقيقة، ومباح الانتفاع به شرعاً في حالات الضرورة، فلا يعتبر مالاً الشيء الذي لا ينتفع به، ولا يسمى كذلك حتى إذا كان فيه نفع للإنسان إذا كان قد تم تحريمه من قبل الشارع وأن أبيح الانتفاع به في حالة الضرورة(2).

---

(1) الإمام علاء الدين الكاسـاني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، ط2، الجزء السابع، ص352.

(2) المرجع السابق، ج5، ص143.

الاتجاه الثاني: اشترط أصحاب هذا الاتجاه ضرورة أن يكون المراد التعامل به مالاً، وأن يكون هذا المال متقوماً، فهم يرون بأن هناك اختلافاً بين المالية والتقويم، فالمال هو أمر عائد إلى الاعتبار الإنساني، أما التقويم فهو أمر عائد إلى الاعتبار الشرعي.

فالمال ما يميل إليه وفقا لرأيهم طبع الإنسان، أما التقويم هو المال الذي أباح الشرع الانتفاع به، فلحم الخنزير مثلا مال ولكنه ليس متقوماً؛ لأنه حرمه الشارع، ومن بعض تعاريفهم للمال هو: "ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره في وقت الحاجة".

الاتجاه الثالث: أن أصحاب هذا الاتجاه على عكس أصحاب الاتجاهين السابقين، فلم يذكروا شيئا في المالية والتقويم كما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول، ولم يشترطوا التقويم كما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني، ولكنهم اكتفوا فقط بأن الشيء يجب أن يكون شيئا طاهراً منتفعا به شرعيا حالا أو مالاً، واكتفوا بذكر عناصر المالية، ولم يكترثوا بإطلاق اسم عليها وهو اختلاف شكلي(1).

ومن مجمل هذه الاتجاهات الثلاثة نستطيع أن نستقي شرطين أساسين لا يقوم بدونهما شرط المالية والتقويم وهذان الشرطان هما:

([1]) محمد ياسين، بحث في بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة 1987، ص248.

أ- أن يكون الشيء منتفعاً به في الواقع: ومن مقتضيات هذا الشرط أن يكون باستطاعة الإنسان أن ينتفع به من حيث الواقع وحسب طبيعة ذلك الشيء في أي وجه من وجوه المصلحة كالأكل والشرب والنقل والتداوي، والقراءة والسكن وغيرها من أوجه الانتفاع، فكل ذلك بحسب طبيعة وخلقة ذلك الشيء أما الأشياء التي لا يمكن ينتفع بها فهي لا يمكن أن ينتفع بها في الوقت الحاضر على الأقل من قبل الإنسان ولا تحقق له أية مصلحة لا يمكن أن يكون مالاً حتى إذا أمكن اكتشاف سر لذلك الشيء يؤدي إلى الانتفاع به في المستقبل، لأنه في الوقت الحاضر عديم الفائدة للإنسان.

ب- أن يكون قد أبيح الأنتفاع به في كل وجوه الانتفاع: بحسب الخلقة لذلك الشيء، ولا يشترط أن يكون الانتفاع بكل الوجوه بل يمكن أن يكون في وجه واحد من تلك الوجوه فأسماك الزينة يكون الانتفاع بها للزينة فقط، وكذلك كلب الحراسة وغيرها من الأشياء.

ومن مقتضيات هذا الشرط أن يكون الشيء طاهرا، أي لا يكون نجساً، كالميتة ولحم الخنزير، والخمرة وغيرها، وأن لا يكون الشيء مستعملا في الحرام كآلات اللهو، وأن لا يكون مكرماً عن التملك والتداول كالإنسان الحر(1).

---

(1) محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مرجع سابق، ص259.

2- مدى انطباق شرط المالية والتقويم على الإنسان وأعضائه: بعد أن طالعنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في المقصود بالمالية والتقويم، فهل تنطبق هذه الشروط على جسم الإنسان باعتباره مالا وكذلك على أعضاء جسم الإنسان؟. وهل أعضاء جسم الإنسان طاهرة؟.

من أجل الإحاطة بهذه الأمور لابد أن نتناول مدى اعتبار جسم الإنسان مالاً أولاً، ومن ثم مدى اعتبار أعضاء الجسم مالا، وأخيرا مدى طهارة أعضاء جسم الإنسان.

أ-مدى اعتبار جسم الإنسان مالا: بعد أن سردنا الشروط التي أوضحها الفقهاء للمالية والتقويم، نرى بأن تلك الشروط لا تنطبق على جسم الإنسان الحر، فإن الإنسان جوهرا خاصاً يمنع من محاولة الخوض في تشبيهة بالأشياء إلى منتهاها، فقد أجمع الفقهاء على عدم اعتبار الإنسان مالا، فالإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات، فالإنسان ليس مالاً لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل(1).

([1]) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص140.

فكرامة الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى على سائر المخلوقات جعلت أن لا يكون سلعة يباع ويشتري، وحيث أن الأشياء لا تعتبر مالا إذا كانت لها قيمة مالية في السوق، ولذلك لا يعتبر الإنسان مالاً، كما وأن اعتبار الإنسان مالاً يخالف العقل الذي يقضى بأن يكون الشيء خارج الإنسان، في حين أن جسم الإنسان هو ليس شيئاً خارجاً عنه.

وقد ذهب البعض بحق إلى أن جسم الإنسان لا يكون مالاً مطلقاً حتى في حالة التزام المعتدي بالدية في بعض الأحيان(1)؛ لأن الاستدلال على أساس الدية هو دليل فاسد من أساسه؛ لأن الأصل في الضمان في الفقه الإسلامي هو القضاء الكامل صورة ومعنى، أي أن القصاص هو الأساس، والدية في الخطأ وفي العمد بعد سقوط القصاص ويكون ذلك من أجل احترامه وصيانة له عن الهدر بعد أن تعذر القصاص من الجاني لعفو أو صلح، فالدية هي ليست مقابلة ثمن الإنسان، لذلك قيل بأن الدية توجب للمجني عليه عوضا عن حقه الأصلي في القصاص، لا عن حقه في السلامة الجسدية نتيجة الاعتداء الذي وقع عليه،

---

(1) أحمد شرف الدين، الأعمال الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص97.

وحتى لو افترضا جدلا بأن الدية هي تعويض عن السلامة الجسدية لجسم الإنسان من الاعتداء الذي وقع عليه، فإن ذلك هو استثناء لا يقاس عليه، وهو في كل الأحوال أشبه بالعقوبة من التعويض، فحصر جبر ما فات من منافع وليس تعويضاً عن الجزء الذي وقع عليه الاعتداء.

ونستطيع أن نستخلص مما تقدم: أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعتبروا جسم الإنسان مالاً، وقد نفوا المالية عنه لا على أساس عدم منافعه، لأن منافع الإنسان كثيرة، ولكن ارجعوا ذلك إلى معان أخرى هي:

-إن الإنسان هو أكرم المخلوقات، وقد كرمه الله سبحانه وتعالى حين قال: {لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ}[الإسراء: 70]. ولذلك لا يمكن أن يكون مالاً متداولاً؛ لأن في ذلك ابتذال لكرامة الإنسان وإهانة له، وأن هذا التكريم يبقى مع الإنسان إلى نهاية حياته ولا يفارقه لا جبراً ولا اختباراً إلا إذا اجتمع معه محاربة الإسلام والوضع في الأسرى فتنزع عنه الكرامة عندئذ بإذن الشارع ويصبح مالاً يباع ويشتري(1).

-لا يمكن تصور أن يجتمع البائع والمشتري في أن واحد، حيث أن الإنسان الحر لا يدخل في ملك غيره فدخوله إهدار لقيمته، فلا يستطيع الإنسان أن يبيع نفسه أو أن يبيع غيره كذلك؛ لأن الإنسان لا يستطيع أن يبيع مالاً يملكه، لأن الإنسان لا يملك، ولذلك لا يعتبر الإنسان مالا.

(1) حاشية ابن عابدين، ج4، ص4.

-إن الإنسان كما هو معروف حر، وهذه الحرية ثابتة له شرعاً، وأن اعتبار الإنسان مالا يتنافى مع هذه الحرية الطبيعية الشرعية، وبمنعه من التصرف فيما أباح الله له تلك الحرية، وبذلك أن جعل مالاً يكون قابلاً للبيع، وهذا يتنافى مع تلك الحرية التي منحها الله سبحانه وتعالى(1).

ب- مدى اعتبار أعضاء الجسم مالاً: أما عن أعضاء الجسم البشري وكيفية اعتبارها مالا، فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل، ولا يجوز أن ترد عليها التصرفات الشرعية ذات الصفة المالية، إلا في لبن المرأة فأجازه أكثر الفقهاء.

إلا أن هناك اتجاها في الفقه الحنفي يعتبر أطراف جسم الإنسان -أي أعضائه- من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، فالإنسان كالجسم لا يعتبر مالاً ولكن أعضائه تعتبر أموالاً(2).

فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه بالكامل، لأن ذلك يؤدي إلى المساس بالسلامة الجسدية، ولكنه يستطيع أن يتصرف بأعضاء جسمه المعتبرة مالا من وجهة نظر القائلين؛ لإنقاذ حياته، فهي كالمال خلقت وقاية للنفس.

وكذلك يستطيع الإنسان أن يضحى بأحد أطرافه وقاية لنفسه، في حين لا يجوز أن يقتل نفسه، أو يأذن لغيره في قتله.

([1]) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، الجزء الرابع، ص417.

([2]) البارويي، شرح العناية على الهداية، الجزء الثامن، ص290.

وبذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية بشكل عام -كما أوضحنا- لم يعتبروا أجزاء الآدمي مالاً، ولكنهم اختلفوا في سبب المنع.

- فذهب البعض إلى عدم اعتبار أجزاء الإنسان مالاً لنفس العلة التي قضت بعدم اعتبار الإنسان مالاً وهي التكريم للإنسان، وقاسوا ذلك على أجزائه، فطالما التكريم كان للكل، وأن الأجزاء هي قسم من الكل فإن السبب يكون واحدا، وبالتالي تتحد العلة، وحيث أن التكريم لا يخص جزء دون الأجزاء الأخرى فهي واحدة، وطالما أن الله سبحانه وتعالى قد كرم الإنسان بشكل عام فقد كرم جميع أجزائه، وذلك لا تعتبر أجزاء الإنسان مالا كحاله وهو إنسان بجميع أجزائه، ولذلك لم يعتبروه مالاً حتى وإن أمكن الانتفاع به بأي وجه من أوجه الانتفاع.

- هذا وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن سبب المنع لأعضاء الجسم لا على أساس عدم التقييم للتكريم وإنما لعدم المنفعة، على أساس أن أعضاء الجسم التي يتم فصلها قلت أهمية الانتفاع بها بأسلوب يبيحه الشرع، فأي شيء لا يمكن أن يكون مالا إلا إذا كان منتفع به حقيقة ومباح الانتفاع به شرعاً لغير ضرورة في أي وجه من الأوجه.

ولذلك يرى القائلون بهذا الاتجاه إلى أن أي جزء من الإنسان إذا تم فصله وكان يمكن الانتفاع به في أي وجه من الأوجه قالوا بجواز بيعه على أساس إنه طاهر من ناحية ومنتفع به لغير ضرورة، فيكون مالا يتم فيه البيع ليتحقق عنصري المالية فيه وهي الانتفاع به في الواقع، وإباحة الشرع لهذا الانتفاع لذا حرم بيع الحر لأنه ليس مملوكاً وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه(1).

-2-مفهوم العضو البشري في القانون الوضعي

أولاً: تعريف العضو البشري في القانون: لم تتعرض القوانين المعاصرة لتعريف العضو البشري محل العمليات؛ بحجة مسايرة التقدم العلمي، وبدعوى أن بعض الأعضاء لازالت حتى اليوم محلاً للاجتهاد(2).

وخلو القوانين من تعريف الأعضاء التي يصح أن تكون محلا لعمليات نقل وزراعة الأعضاء يضيف إلى المشاكل الناشئة عن هذه العمليات مشكلة أخرى، منها:

([1])ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ج4، ص304.

([2]) عرفت المادة الثانية من القانون الأردني الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان (العضو بأنه أي عضو من أعضاء الجسم أو جزء منه) وكما هو واضح فإن هذا التعريف لم يأت بجديد حيث عرف الشيء بالشيء نفسه.

هل يعني هذا الإطلاق إباحة نقل عضو سواء كان مميتا أو غير مميت؟. فقد يقوم الطبيب بنقل عضو منفرد، فيترتب على ذلك وفاة المنقول منه، ومن ثم يتمسك بقاعدة "ما أطلقه القانون لا يقيده إنسان"، ونعتقد أن هذه النتيجة تأباها كافة القوانين. ولكن قد يصعب على المشرع وهو بصدد وضع قواعد قانونية عامة ومجردة، أن ينص على حكم نهائي بشأن مسألة علمية لا تزال محلا للبحث والاجتهاد والتجربة في كل يوم يفاجئنا العلم باكتشافات جديدة بشأنها.

لذا آثر القانون ترك مهمة التعريف للشريعة في ضوء ما يتكشف لها من معلومات فنية، وما يتوصل إليه العلم من تطورات واكتشافات في هذا الصدد، وبذلك يأتي التعريف الشرعي للعضو البشري الذي يصح أن يكون محلا لعمليات نقل الأعضاء متفقا مع التعريف الطبي له.

إلا أن هناك بعض التشريعات القانونية التي تناولت تعريف العضو البشري، ومن بين تلك التشريعات:

1- المشرع المصري: تنص المادة (240) من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من أحدث بغيره جرحا أو ضرباً نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأت عنه أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها، يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين...".

والواقع أن نص المادة (240) في حد ذاتها تنم عن عدم وضوح مفهوم اصطلاح العضو البشري، في ذهن المشرع المصري حيث نجد المشروع يضيف مترادفات والفاظ تؤدي جميعها إلى نتيجة واحدة، فليس واضحا تماما على سبيل المثال ذلك الفارق من الناحية العملية بين قطع العضو أو استئصاله، كما لا يبدو مفهوما النص بصفة خاصة على (كف البصر أو فقد إحدى العينين...) إذ أن كف البصر لا يعدو أن يكون فقد لمنفعة العضو وفقد إحدى العينين لا يخرج عن كونه انفصال لأحد الأعضاء أو قطع له(1).

2- المشروع الإنجليزي: عرف العضو البشري في المادة (7) فقرة (2) من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء لعام 1989: "كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل"(2).

---

(1)مهند صـــلاح العزه، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002، ص12.

(2) الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء والتصرف فيها، دراسة مقارنة، دار المنار، غزة، 2004، ص68.

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الانجليزي اعتبر أن المشرع الانجليزي اعتبر أن أجزاء الجسم التي تحتوي على أنسجة هي أعضاء، وبهذا يكون المشرع الإنجليزي قد أعتبر الدم وباقي مشتقات الجسم من الأعضاء كذلك.

3- المشرع الفلسطيني: عرف قانون نقل الأعضاء الفلسطيني لعام 2003 الأعضاء البشرية على أنها: "تشتمل كل الأعضاء البشرية الكاملة أو جزء منها أو الأنسجة والخلايا باستثناء الدم ومشتقاته"(1).

ويتضح من ذلك أن المشرع الفلسطيني يعتبر كل أجزاء الجسم من أنسجة وخلايا أعضاء ما عدا الدم ومشتقاته استثناها من مصطلح الأعضاء.

4- المشرع الأردني: فقد عرف القانون رقم 23 لسنة 1977 في المادة الثانية العضو على أنه: "أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه"(2).

---

(1) عاصم خليل، مشروعية نقل الأعضاء البشرية وحقوق الإنسان، بحث مقدم لجامعة بيروت، كلية الدراسات العليا، 2008، ص2.

(2) عبد السـلام العبادي، حول زراعة الأعضـاء في جسم الإنسان، بحث مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية، الثالث عشر، 2009، ص19.

وقد تعرض هذا التعريف للنقد على أساس أنه لم يأت بالجديد، وعرف الشيء بنفسه، وأضاف بعض مكونات جسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء إلى مضمونه بشموله أجزاء جسم الإنسان والتي تختلف عن الأعضاء، ولعل الحكمة من ذلك هو محاولة إخضاع كل أعضاء الجسم لهذا القانون(1). بيد أن التعريف الذي أورده المشرع الأردني تعريف غامض وغير واضح؛ لأنه اعتبر أن جسم الإنسان كاملاً هو عبارة عن أعضاء متصلة بعضها البعض، وكل جزء منه يسمى عضواً.

5- أما المشرع المغربي: فقد عرف العضو البشري في المادة (2) من القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء بأنه: "كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا، والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد"(2).

نجد أن المشرع المغربي أعتبر أن الأنسجة وكل جزء من أجزاء الجسم أعضاء سواء كانت من الأعضاء المتجددة أو غير المتجددة، واستثنى منه الأعضاء المتصلة بالتوالد.

---

(1) عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان/ ط1، 2009، ص32.

(2) القانون رقم 16-98 المتمم للقانون رقم 5-26 والمتعلق بتبرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

ثانياً: تقسيم الأعضاء البشرية في القانون: هناك عدة تقسيمات للأعضاء البشرية منها:

1-تقسيم العضو من حيث القابلية للغرس: الغرس هو قابلية العضو البشرى للنقل من جسم إنسان وغرسه في جسم إنسان آخر، أي زرعه في جسم إنسان يحتاج إلى ذلك العضو. والأعضاء البشرية منها ما هو قابل للغرس وما هو غير قابل للغرس.

- الأعضاء القابلة للغرس: فالأعضاء البشرية في الوقت الحاضر نتيجة التقدم الطبي الذي حصل في هذا الميدان جعل كثيرا من الأعضاء البشرية التي لم تكن سابقا عند بداية الدخول في ميدان زرع الأعضاء البشرية قابلة للغرس، أما في الوقت الحاضر فقد كثرت هذه الأعضاء، ومن هذه الأعضاء (القلب، والكبد والبنكرياس والكلية ونخاع العظمة والقرنية وزرع الجلد للتجميل).

- أما الأعضاء غير القابلة للغرس: هي الأعضاء التي لا يمكن زرعها في جسم الإنسان ولا يمكن تحويلها -أي استئصالها- من جسم إنسان إلى آخر يحتاج إليها، كالعمود الفقري، والمثانة، والمعدة وغيرها، فنقلها مستحيل في الوقت الحاضر، حيث لم يثبت نجاحها بعد إلا أن هذا لا يعني أنها لا يمكن أن تكون في المستقبل قابلة للغرس.

فعلى سبيل المثال توجد معلومات تفيد بإجراء عملية استئصال نصف دماغ للأطفال دون أن تؤثر على حياتهم الطبيعية، وهي من العمليات النادرة لمريض يعرف بـ "الموثق العصبي". وكذلك أجريت عمليات في ميدان زرع الجلد في أنابيب اختبار بالمعامل لمعالجة الحروق والتشوهات، فقد توصل الباحثون إلى زراعة طبقات البشرة العليا والسلفى، وقد أجريت هذه العمليات في الولايات المتحدة وفرنسا(1).

2-من حيث القابلية على التجدد: يمكن تقسيم الأعضاء البشرية من حيث القابلية للتجدد إلى نوعين: فهي:

- إما أعضاء قابلة للتجديد: هي تلك الأعضاء التي لها قابلية على التجدد بصورة تلقائية إذا تم فصل جزء منه، أما إذا تم فصله نهائياً فلا يمكن أن يتجدد، وذلك مثل الكبد والجلد وكذلك الرئة، فالرئة عند فصل جزء منها أي أحد فصوص الرئة فباقى الفصوص الأخرى تتوسع بحيث تستوعب مكان الجزء الذي تم فصله.

---

(1) منذر الفضـــل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشئون الثقافية العامة، ط1990،1، ص18.

- أو أعضاء غير قابلة للتجديد: هي تلك الأعضاء التي لا تتجدد إذا تم فصلها أو فصل جزء منه، مثل اليد، والرجل.

3-من حيث الظهور: حيث يمكن أن تقسم الأعضاء البشرية من حيث ظهورها للعيان إلى:

- عضو ظاهر: وهو ذلك العضو الذي يمكن مشاهدته من خلال النظر إلى جسم الإنسان، كالأذن والعين والأسنان والجلد وغيرها من الأعضاء.

- و عضو باطن -داخلي-: فهو ذلك العضو الذي لا يستدل عليه من خلال النظر الخارجي، بل يمكن مشاهدته والاستدلال عليه من خلال الأجهزة التي يمكن بواسطتها الاستدلال على ذلك العضو، فهو غير ظاهر للأعيان، كالرئة والكبد والقلب وغير ذلك من الأعضاء الداخلية.

4- من حيث الشكل: فهناك من الفقه من قسم أعضاء جسم الإنسان إلى ثلاثة أقسام(1):

---

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997، ص121.

-أعضاء يابسة: وهي تشكل غالبية أجزاء جسم الإنسان، وقد تكون مزدوجة مثل الكلية، والرئة، والقرنية، والأذن والجلد، وقد تكون مفردة مثل الكبد والقلب والبنكرياس.

- أعضاء سائلة: وهي بشكل خاص الدم واللبن.

- وأخيرا شعر الأدمي.

5-من حيث التأثير: ويمكن تقسيم أعضاء جسم الإنسان كذلك من حيث التأثير، أي أثرها على حياة الإنسان في حالة فصلها فهي:

- إما عضو يؤدي فصله إلى الوفاة: وهي الأعضاء المنفردة غالبا من الجسم كالقلب والأمعاء.

- أو الأعضاء التي لا يؤدي فصلها إلى إنهاء الحياة: مثل بعض أنواع الأعضاء المزدوجة كاليدين والعينين والكليتين والرئتين وغيرها، فإن فصل أحد هذه الأعضاء المزدوجة لا يؤدي إلى انتهاء الحياة، فاستئصال أحد الكليتين لا يؤدي إلى انتهاء الحياة بل إن الأخرى تقوم بالوظيفة التي يحتاجها جسم الإنسان.

6- من حيث الضرورة والأهمية: حيث جانب من الفقه أنه -في مجال الممارسات الطبية والعلمية الحديثة- لابد من التمييز بين الأعضاء الضرورية والأعضاء غير الضرورية في الجسم البشري،

ومناط الضرورة في هذا الصدد إنما يتمثل في أهمية الدور الذي يلعبه العضو محل التصنيف، وذلك من حيث مدى لزومه لاستمرار الحياة أو توقفها بدونه، فإذا كان بالإمكان أن يظل الشخص على قيد الحياة رغم استئصال عضو معين من جسمه فإننا بصدد طائفة الأعضاء غير الضرورية والتي يجوز المساس بها والتنازل عنها بضوابط معينة، أما إذا كان استئصال العضو سوف يؤدي حتما إلى الوفاة لاستحالة استمرار الحياة بدونه، فنحن إذن إزاء طائفة الأعضاء الضرورية والتي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقاً.

ولا يشترط -وفقا لهذا المعيار- في تحديد المقصود بالعضو أن يكون هذا الأخير متجددا أو غير متجدد، إذ المعول عليه دائما هو مدى أهمية ذلك العضو ارتباطه بدوام الحياة أو انتهائها إذا ما تمت عملية الاستئصال(1).

ولعل الضابط في تقسيم الأعضاء إلى طائفتين، -ضرورية وغير ضرورية- متعلق بمدى أهمية العضو محل التصنيف، ومركزية دوره في استمرار الحياة ودوامها، وسوف يفضى حتما إلى انحسار نطاق الحماية الجنائية انحسارا كبيرا عن الغالبية الساحقة من المكونات والعناصر الجسمانية بما فيها طائفة الأعضاء وفقا لمفهومها ومعناها الدقيق،

(1) محمد صلاح أحمد ، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص12.

إذ ما عسى أن يكون من الأعضاء وجوده ضروريا لاستمرار الحياة ويقضى انتزاعه من الجسم إلى الموت حتما سوى القلب والكبد والدماغ، فهل يعقل أن تكون هذه الثلاثة فقط هي الأعضاء الضرورية في الجسم البشري التي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقاً؟.

في حين يعد ما خلاها من الوحدات والأبنية النسيجية الأخرى كالكلى والعيون والأذن والأطراف.. الخ مندرجا في زمرة الأعضاء غير الضرورية التي يمكن المساس بها والتنازل عنها بشروط وضوابط لا لشيء إلا لكون هذه العناصر الجسمانية لا ترتبط ارتباطا حتميا ببقاء من تستأصل منه على قيد الحياة.

يضاف إلى ذلك أن هذا التضييق في مفهوم حق الحياة ونطاقه وجعله محصورا في النقطة التي تقابل الموت إنما ينطوي على إغفال واضح لفحوى المبادئ القانونية، والحقائق الواقعية المستقر عليها في هذا الصدد والتي تقطع جميعها بأن نطاق الحق في الحياة لا يعني عدم الموت فحسب، بل هو يتسع ليشمل حق الإنسان في أن تسير الوظائف الحيوية لأعضائه كافة سيراً سوياً، بحيث يشكل الاعتداء على أي منها خطوة نحو المساس بحقه في الحياة، الأمر الذي تنبه له جانب من الفقه منذ وقت مبكر فأبرزوا -

وهم بصدد ذلك- تلك الصلة الوثيقة بين حق الإنسان في الحياة وحقه في تكامل بنائه الجسدي، فما الأخير سوى الحصن والدرع الواقي للأول، إذ لن يكون للمساس والاعتداء على سلامة الجسم وتكامله من نتيجة سوى الإخلال بالحق في الحياة متى كان هذا الاعتداء، وذلك المساس ينال الجسد في أحد أعضائه الحيوية الهامة، التي لا يشترط فيها أن تكون أساسية ومركزية في استمرار الحياة، بل يكفي أن يكون العضو محل الاعتداء مؤديا لإحدى الوظائف الحيوية في الجسم، ولو لم يكن من شأن تعطيل هذه الوظيفة إنهاء الحياة أو توقفها(1)، والواقع أن هذا التقسيم للأعضاء الآدمية إنما قصد به بيان ما يجوز نقله منها والتنازل عنه، وما لا يجوز المساس به.

ثالثاً: تقييم العضو البشري في القانون الوضعي: الأصل أن للإنسان حرمة مطلقة في الشريعة الإسلامية وكذلك المجال في القانون الوضعي، فإن للإنسان حرمة مطلقة على جسمه أو ما يسمى بمبدأ معصومية الجسد، والذي يقضى هذا الأمر بعدم جواز التصرف بالجسم البشري.

(1) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون الاقتصاد، العدد الثالث، 1959، رقم 6، 7، ص538.

فالإنسان لم يعد شيئا بعد إلغاء الرق حتى يمكن التعامل به(1) وإذا كان ذلك وضع الإنسان بشكل عام فهل يعتبر العضو البشري مالا في نظر القانون، حتى يمكن تحديد نوع الاعتداء الذي يمكن أن يقع عليه؟.

ذهب البعض إلى اعتبار أعضاء جسم الإنسان المزدوجة - أي التي توجد في الجسم بشكل غير منفرد - الكليتين والرئتين وغيرها لها قيمة مالية وذلك يمكن استئصالها بشروط معينة حماية لحق الإنسان في سلامة جسمه، وحقه في الحياة حيث إن هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وهناك من الحقوق التي أجاز القانون الفرنسي التصرف بها كالحقوق المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه، إضافة إلى ذلك فقد حصلت اتفاقات عديدة ترد على جسم الإنسان كقص الشعر وممارسة الألعاب الرياضية مما أدى إلى القول بأن حرمة جسم الإنسان قد نزل من مقصورته وتنازل عن صولجانه،

فأصبح جسم الإنسان محلاً للمعاملات المالية، بل وأكثر من ذلك فإن أصحاب هذا الرأي ذهبوا إلى قابلية جسم الإنسان وأعضائه للتقويم المالي، فتعويض الضرر الجسمي بالمقابل النقدي خير دليل على ذلك،

(1) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص63.

إن فكرة عدم التقويم للعضو البشري هي فكرة مهجورة وأن المحاكم تصدر يوميا عشرات القرارات القضائية بالتعويض عن الأضرار الجسمانية نتيجة الإصابات البدنية، وكذلك تقدير التعويض النقدي للعضو الذي أصيب(1).

وقد ذهب البعض الآخر إلى جواز التصرف بأعضاء جسم الإنسان المستأصلة، حيث إنها تعتبر أشياء بعد فصلها عن الجسم، فله أن يجرى عليها جميع التصرفات كالبيع والإيجار وغيرها من التصرفات، لكونها قد تحولت بعد الفصل إلى حق مالي، ويكون هذا الحق مقصوراً على صاحبه(2).

وقد غالي البعض في حق الإنسان على جسمه حيث ذهبوا إلى أن للإنسان سلطة مطلقة في التصرفات بأعضائه فيجوز أن يتبرع إنسان بأحد أعضائه السليمة بدافع العاطفة إلى صديق أو قريب، أو تجاه زعيم وطني أو عالم كبير في حالة خطر ويحتاج إلى العضو السليم، حتى إذا كان ذلك يعرضه إلى خطر الموت، لأنه يرمى بنفسه إلى الموت في سبيل وطنه وأمته(3).

([1]) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص101.

([2]) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص2000.

([3]) إبراهيم البطل، نقل وزرع القلب في التشريع العدى، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس، السنة 1987، ص177.

الفصل الثاني
الأسس الشرعية والقانونية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

هناك مجموعة من الأسس الشرعية والقانونية التي تقوم عليها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، وسوف نتناول في هذا الفصل هذه الأسس من خلال أربعة مباحث، المبحث الأول يتناول: الأساس الشرعي والقانوني لإباحة العمليات الطبية على جسم الإنسان، وفي المبحث الثاني نتناول حالة الضرورة لنقل وزرع الأعضاء البشرية. أما في المبحث الثالث فنتناول نقل وزرع الأعضاء البشرية ونظرية المصلحة الاجتماعية. أما عن موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فهو حديثنا في المبحث الرابع.

المبحث الأول الأساس الشرعي والقانوني

لإباحة العمليات الطبية على جسم الإنسان

إذا كان جسم الإنسان يتمتع بالحرمة-مبدأ حرمة جسد الإنسان- مما لا يجوز معه شرعاً وقانوناً المساس به أو التصرف أو التعامل فيه ماليا إلا في نطاق العلاج، فإن الشريعة والقانون لم يقفا حائلا دون الاستفادة من التطور العالمي في مجال نقل وزرع الأعضاء، فقد نشأت وتأكدت مفاهيم قانونية تواكب التطور العلمي بما يحقق من مصالح بالغة الأهمية لأفراد المجتمع في ظل غياب التشريع.

والأعمال الطبية التي يجريها الأطباء والجراحون تستلزم المساس بالحق في سلامة الجسم، كما يحدث في العمليات الجراحية، وما يترتب عنها من شفائه أو ازدياد مرضه، وقد تتخلف عنه عاهة تلازمه مدى حياته، وقد ينتهي به الأمر إلى الموت، ولكن الطبيب والجراح لا يؤاخذ بذلك جزائيا أو مدنيا،

فاحتمال الشفاء من العلاج أو من العملية مع انصراف ذهن الطبيب إلى هذا الشفاء، وقد أدى مهمته طبقاً لأصولها الفنية كاف لرفع المسؤولية(1)، إلا أنه هناك أسس لابد من توافرها لإباحة العمليات الطبية على جسم الإنسان والتي تناولتهاالشريعة الإسلامية و القانون الوضعي وهي كالتالي:

-1-أساس الإباحة في الشريعة الإسلامية

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا مسئولية على الطبيب، عن الأضرار التي تترتب على عمله، استناداً إلى أن الطبيب إنما يقوم بأداء واجب، وله كل الحرية في اختيار الطريقة التي يؤدي بها هذا العمل(2) إلا أنهم اختلفوا حول أساس إباحة العمل الطبي.

- حيث يرى الشافعية أن أساس عدم مسئولية الطبيب يكمن في أن فعله يتم بإذن المريض أو وليه أو الحاكم، وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الأضرار به. فقد قال الإمام الشافعي: "والوجه الثاني الذي يسقط فيه الفعل أن يأمر الرجل به الداء الطبيب أن يبط جرحه، أو الأكلة أن يقطع عضواً يخاف مشجعاً إليه، أو يفجر له عرقاً أو الحجام أن يحجمه، أو الكاوي أن يكويه، أو يأمر الحجام أن بختنه

---

(1) أحمد علي ناصـــف، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص335.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ط5، 1968، ج1، ص251.

فيموت من شيء من هذا، ولم يتعد المأمور ما أمره به فلا عقل ولا مأخذوية إن حسنت نيته، وذلك إن الطبيب والحجام إنما فعلاه للصلاح بأمر المفعول به ..."(1).

-ويرى الأحناف أن أساس عدم المسئولية هو إذن المريض للطبيب، مع كون التطبيب ضرورة اجتماعية تقتضي رفع مسئولية الطبيب إذا قام بعمله على الوجه الأكمل، وإلا أحجم الناس عن ممارسة التطبيب خوفاً من الغرم والمسئولية(2).

-ويرى المالكية أن سبب انتفاء مسئولية الطبيب هو إذن الحاكم له بمزاولة الطب، وإذن المريض له بإجراء العلاج(3).

والمقصود بإذن الحاكم هو الترخيص القانون الذي يمنح للطبيب بمزاولة المهنة في الوقت الحاضر؛ فإذن الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه. فإذا اجتمع الإذنان فلا مسئولية على الطبيب، ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله.

-أما الحنابلة فهم يؤيدون ما ذهب إليه الشافعية والأحناف.

---

(1) الإمام الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، باب خطأ الطبيب، ج6، ص166.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7، ص305.

(3) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1985، ص94.

ومن عرض أراء الفقهاء السابقة يتبين أن كلا منهم يسند أساس الإباحة إلى أكثر من سبب، ويمكن أن نعدد الأسباب التي رأها الفقهاء أساساً لإباحة العمل الطبي واتفقوا عليها في الآتي:

- إذن المريض. - إذن الحاكم.

- قصد العلاج وتحقيق صلاح المريض.

-إتباع الأصول الطبية والقواعد المتعارف عليها في علم الطب.

وعليه إذا توافرت هذه الشروط، أنتفت مسئولية الطبيب عن الضرر الناتج عن عمله، أما إذا تخلف واحد من تلك الشروط فإن الطبيب يكون مسئولاً.

أولاً: إذن المريض: ذلك إن إذن المريض شرط لإباحة العمل، فيجب على الطبيب أن يحصل على إذن المريض، أو إذن وليه أو وصيه قبل القيام بعمله، فإذا لم يكن للمريض ولى أو وصى، وجب إذن الحاكم باعتباره ولى من لاولى له، وإذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لا ولى له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة.

ويستثنى من ذلك الحالات العاجلة التي لا تحتمل التأخير، فمثلاً إذا تبين للطبيب أن المريض يعاني من إلتهاب حاد في الزائدة الدودية قد يؤدي إلى انفجارها فوراً، وحالة المريض لا تسمح بإعطاء الإذن للطبيب، ولا يوجد معه من له حق بالإذن كولى أو وصى، وإن انتظار إذن الحاكم يعرضه لخطر الموت، عندئذ يمكن للطبيب في هذه الحالة إجراء الجراحة دون الحصول على الإذن ولا يترتب على ذلك أي مسئولية فيما يتولد عن الجراحة؛ لأن عمله واجب وهو إنقاذ حياة المريض(1).

ثانياً: إذن الحاكم: كما لا يجوز للطبيب أن يباشر عملا من الأعمال الطبية إلا بعد إذن الحاكم له أي الحصول على ترخيص بمزاولة المهنة، بحيث إذا قام الطبيب بعمل من الأعمال الطبية دون الحصول على الترخيص بالعمل يكون مسئولاً حتى ولو لم يقع منه خطأ في عمله، ذلك أنه ليس في الشريعة ما يمنع ولي الأمر من أن يشترط في الطبيب حصوله على درجة معينة من العلم والمؤهل والخبرة، وألا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له.

([1]) وجيه محمد خيال، المسئولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، مكتبة هوزان، السعودية، ط1، 1996، ص15.

ثالثاً: قصد العلاج وتحقيق صلاح المريض: وبالإضافة إلى الشرطين السابقين، يجب أن يكون عمل الطبيب بحسن نية ويقصد نفع المريض بعلاجه وشفائه، فإذا قصد الطبيب بعمله قتل المريض، فهو مسئول عن فعله جنائيا ومدنيا، حتى ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة، بل ولو أدى فعله إلى صلاح المريض، لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلا مجرما معافيا عليه(1).

رابعاً: إتباع الأصول الطبية والقواعد المتعارف عليها في علم الطب: يجب أن يكون عمل الطبيب موافقاً لأصول وقواعد علم الطب المتعارف عليها في هذه المهنة، فإذا تم عمل الطبيب على هذا الوجه، ونتج عن العلاج وفاة المريض أو تلف في جسمه، فلا مسئولية على الطبيب؛ لأنه أدى واجبة كما تقضى بذلك أصول وقواعد المهنة.

أما إذا أهمل واجبة وأخطأ خطأ فاحشا يعد مسئولاً عن خطئه. والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب، ولا يقره أهل العلم بهذا الفن، ومن أمثلة الخطأ الفاحش عدم فحص المريض قبل إجراء الجراحة لمعرفة مدى تحمله لإجراء العملية، أو عدم إحكام إغلاق الجروح، أو بتر عضو سليم بدلاً من العضو المريض.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص522.

-2-أساس الإباحة في القانون الوضعي

أولاً: الترخيص بالعلاج: قصر القانون ممارسة العمل الطبي على الأطباء المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب، ويصدر هذا الترخيص بالتطبيق للقوانين المنظمة لمزاولة تلك المهنة(1)، فإذا لم يكن هناك ترخيص لمزاولة العمل الطبي فإن جميع الأفعال المرتكبة تعتبر غير مشروعة حتى ولو ترتب عليها الشفاء الفعلي للمريض، وهذا الترخيص قد يكون عاما فيشمل مختلف الأعمال الطبية، وقد يكون خاصا بمباشرة أعمال معينة منها، وبالتالي يجب أن يكون العمل الذي يباشره الطبيب في حدود الترخيص المقرر له(2).

([1]) تتطلب القوانين للحصـــول على الترخيص توافر الآتي: "الإجازة العلمية – انتهاء فترة الامتياز – تصـــريح من وزارة الصحة بمزاولة المهنة – القيد في نقابة الأطباء". (انظر : المادة (3) من قانون نقابة الأطباء المصري رقم (45) لعام 1969).

وفي هذا الســـياق جاء نص المادة (الثامنة في القانون رقم 17 لسنة 1973) بإنشاء نقابة المهن الطبية، الذي قضـــى بأنه لا يجوز للطبيب أو طبيب الإسنان أو الصيدلي أو الطبيب البيطري مزاولة الطب في الجماهيرية العربية الليبية إلا إذا كان اسمه مقيداً في الجدول الخاص بمهنته وفي سجلات النقابة، وكل من يخالف ذلك يعتبر ممارســـاً للمهنة دون ترخيص ويعاقب وفقاً للأحكام النافذة في شـــأن مزاولة هذه المهنة.

([2]) محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، بنغازي،1972، ص351.

والترخيص القانوني بالعلاج شرط أساسي لإباحة الأعمال الطبية حتى ولو كان الجاني حاصلاً على المؤهل العلمي الذي يسمح له بمزاولة مهنة الطب، طالما لم يكن مرخصاً له بمزاولة هذه المهنة.

ثانياً: رضاء المريض: ينبغي أن يتوفر رضاء المريض بالعلاج حتى يمكن إباحة التدخل الطبي أو الجراحي، فهذا الرضاء ليس سبب إباحة ولكن مجرد شرط من شروطها، ومن ثم استقرت آراء غالبية القانونيين في مصر وفرنسا على ضرورة الحصول على رضاء المرض بالعلاج الذي يقوم به الطبيب(1).

والرضاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنيا مستفادا من الظروف والقرائن، ويصح أن يفترض افتراضا في بعض الحالات، فإذا كان المريض غير أهل للرضاء أو في ظروف الصحية لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، ينبغي توافر رضاء وليه أو المكلف قانونا بالإشراف والرقابة عليه.

---

(1) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة، القاهرة، 1999، ص30.

فإذا تعذر الاتصال بأحد أقربائه المسئولين عنه فإن الطبيب له أن يقوم بعمله استنادا إلى حالة الضرورة -إذا توافرت شروطها-، والتي هي مانع من موانع المسؤولية(1)، ومن ناحية أخرى من الممكن الاستغناء عن رضاء المريض في حالة ما إذا كان التدخل الطبي ليس استعمالا للحق في التطبيب، وإنما أداء للواجب المفروض بمقتضى قاعدة قانونية كما يحدث في حالات تكليف الأطباء في ظروف الأوبئة أو الأخطار العامة(2).

وفيما عدا ذلك لا يجوز للطبيب القيام بالعلاج بدون رضاء صاحب الشأن؛ لأن الحق المتعلق بهذا الشأن يعطل ويسأل عما يحدثه بالمريض وفقا للقواعد العامة فتكون الجريمة عمدية إذا كان قد قصد الجراحة وتكون غير عمدية إذا كانت الإصابة قد ترتبت على خطئه، ولما كان رضاء المريض مسألة أساسية في العقد الطبي وهي مسألة تثير كثيرا من المشاكل؛ نظراً لحساسيتها، ونظرا لارتباطها بقدر كبير من التعقيدات الطبية الفنية.

---

(1) أحمد محمود سـعد، مسـئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983، ص378.

(2) مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص201.

لذلك فإن رضا المريض لابد أن تتوافر فيه عدة مواصفات تستهدف جميعا أن يكون المريض على علم كاف بما يقدم عليه الطبيب من عملية جراحية أو تدخل علاجي، وأن تكون الصورة واضحة أمامه، ومن ثم فإن أهم الشروط الواجب توافرها في رضاء المريض هي أن يكون الرضاء مستنيراً، وأن يكون حرا(1).

ثالثاً: قصد العلاج: يجب أن يكون التدخل الطبي بغرض العلاج، ذلك أن القصد من مزاولة العمل الطبي والجراحي هو تحسين المستوى الصحي للمريض وتخليصه من آلامه وتخفيف معاناته بالعلاج الشافي، وهذا الشرط تطبيق لمبدأ حسن النية اللازم لاستعمال الحق كسبب إباحة.

ويترتب على ذلك أنه إذا انتفى قصد العلاج يكون الفعل المرتكب غير مشروع حتى ولو ترتب عليه شفاء المريض بالرغم من سوء القصد(2)، ومن ثم يظل الفعل خاضعاً لنص التحريم، ويؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب عن جريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال، ويستوى بعد ذلك أن تكون النية شريفة أو غير شريفة،

---

(1) علي حسين نجيده، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص16.

(2) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص31.

كما يستوى أن يكون التدخل الطبي يحقق صالحا خاصا للمريض من عدمه، فإذا قام الطبيب ببتر أصبع أحد الأشخاص بهدف التهرب من الخدمة العسكرية، أو قام بإجهاض امرأة حامل من زنا بهدف التخلص من العار والفضيحة، فإنه في هاتين الحالتين والحالات المماثلة يسأل جنائيا عن فعله، فرضاء المريض لا يغير من هذه النتيجة؛ لأن رضاءه في هذه الحالة لا يجرد الفعل من صفته الإجرامية.

رابعاً: عدم وقوع إهمال: حق الطبيب في القيام بالعلاج والجراحة مقيد بواجب مراعاة أصول وقواعد مهنة الطب المتعارف عليها، ويقصد بها القواعد التي تفرض الانتباه والحيطة والحذر، وأيضا الواجبات التي تفرضها طبيعة الأعمال الطبية. مثال ذلك: تعقيم الأدوات المستخدمة، ومتابعة المريض بعد إجراء العملية وغير ذلك من قواعد السلوك الواجب(1)، فإذا أهمل الطبيب في مراعاة تلك القواعد، فإنه يسأل عما ينشأ عنه على أساس غير العمد، ومن المسلم به أنه إذا كان خروج الطبيب عن القواعد العلمية عن قصد كإجراء تجربة مثالا، فإنه يسأل عن النتيجة المترتبة على فعله على أساس العمد.

(1) مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص202.

ويترتب على ذلك أنه إذا التزم الطبيب جانب الحيطة والحذر، وقام بواجبه على الوجه الأكمل حسب الأصول العلمية والقواعد الفنية المتعارف عليها، فإنه لا يكون مسؤولا عن المضاعفات التي قد تحدث نتيجة لعلاجه.

والمعيار الذي يستند عليه في هذا الشأن هو معيار الطبيب العادي متوسط العلم والذكاء والخبرة إذا وجد في نفس الظروف(1).

وهكذا نرى أن الشروط التي حددها فقهاء القانون لإباحة العمل الطبي، تتطابق تماما مع الشروط التي حددها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لإباحة هذا العمل.

---

(1) أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، العدد 120، ص46.

المبحث الثاني حالة الضرورة لنقل وزرع الأعضاء البشرية

نتناول في هذا المبحث نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية ومن ثم في القانون الوضعي.

-1-نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية

من المؤكد أن الشريعة الإسلامية لا تقف أمام التقدم العلمي طالما أنه لا يصطدم بقاعدة وردت في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، والإنسان ما كان ليصل لهذا التقدم العلمي إلا بإجازة الله سبحانه وتعالى له وتوفيقه، فقال تعالى في محكم تنزيله: {عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ }[العلق: 5].

والعلم هو أول نعمة أنعم الله بها على الإنسان وميزه بها على ملائكته، وفضله على سائر المخلوقات، ويقتضي ذلك استخدام ما يسفر عنه التقدم العلمي لصالح الإنسان ولخدمته بما لا يصطدم مع ما نهى عنه الشرع، وما دامت تستند إلى قواعد مستمدة من القرآن والسنة.

ولقد كفلت الشريعة الإسلامية حق الإنسان في الحياة فقال المولى عز وجل: {وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا}[النساء: 93].

وكفلت الشريعة الإسلامية أيضا سلامة جسم الإنسان، فيقول سبحانه وتعالى: {وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[البقرة: 195].

ومن مظاهر عناية الدين الإسلامي بصحة الإنسان وسلامته وجود أبواب عن الصحة والمرض في جميع كتب الأحاديث النبوية، ومن ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"(1).

فإذا كان من المقرر شرعا أن سلامة الجسم كالحق في الحياة من الحقوق المشتركة بين الله سبحانه وتعالى وبين الإنسان، فإلى أي مدى يمكن للإنسان التصرف أو التنازل عن أعضاء جسمه؟، وهل تكون حالة الضرورة صالحة في إباحة نقل الأعضاء؟

عليه يقتضي علينا بيان القاعدة الشرعية في مجال إباحة بعض المحظورات، ومن ثم بيان دور الضرورة في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء.

أولاً: الضرورات وشروط إباحة المحظورات: لقد جاءت آيات من التنزيل الحكيم تبيح تناول بعض المحظورات في حالة الضرورة القصوى من أجل استبقاء الحياة إذا لم يجد الإنسان من الحل ما يغنيه عن الفعل، فقد ورد في كتاب الله العزيز عدة آيات في ذلك، منها:

---

(1)حديث رقم 5354، صحيح البخاري ج 5 ص 2151

-قال الله تعالى: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[البقرة:173].

-وقوله سبحانه وتعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[المائدة:3].

-وقول الحق سبحانه: { إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[النحل:115].

-ويقول المولى في محكم آياته: {وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ}[الأنعام:119].

-ويقول العزيز الخبير: {قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[الأنعام:145].

ومن هذه الآيات الكريمة وغيرها استخلصت القاعدة الكلية التي تقضى بأن "الضرورات تبيح المحظورات" وأن "الضرورة تقدر بقدرها"(1).

ويشترط لتوافر الضرورة في تناول المحظورات خمسة شروط(2) وهي:

1-أن تكون الحاجة ملحة، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى فيها تلف النفس أو الأعضاء.

2-أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فليس للجامع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعا يخشى منه على حاله.

3-أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الفعل المحرم، فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم.

([1]) محمد عبد الوهاب الخولي، المســئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستخدمة في الطب والجراحة، سنة 1997، ص15. وانظر: السيوطي، الأشباه والنظائر ، ص97.

([2]) محمد عبد الله محمد، موانع المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، سنة 1989 وانظر: د. مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، القاهرة، 1993، ص71، 72.

4-أن تدفع الضرورة بالضرر الكافي لدفعها، أي أن يأخذ الإنسان من غير من أحل الله بالقدر الذي يدفع عنه الضرورة(1).

5-ألا يكون المحظور أشد خطرا من الضرر الذي يراد إزالته، وهو ما يطلق عليه المفاضلة بين المصالح. فقد قال الله سبحانه وتعالى: {أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَى بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ}[البقرة:61].

وإذا كانت هذه الآيات الكريمة دالة دلالة واضحة على أن الضرورة تبيح ارتكاب بعض مظاهر التحريم إذا كان في ذلك لإنقاذ النفس من الهلاك، فإلى أي مدى تصلح الضرورة لإنقاذ النفس من الهلاك في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية؟.

ثانياً: نظرية الضرورة في عمليات نقل الأعضاء وزرع الأعضاء: مما لا شك فيه أن مسألة نقل الأعضاء البشرية تختلف كل الاختلاف في المضمون عن الحالات التي صدر بصددها نص صريح في كتاب المولى عز وجل أو في السنة النبوية المطهرة، وحيث أن التداوي بنقل أو زرع الأعضاء لم يكن معروفاً عند السلف فإن الفقه ليس على وتيرة واحدة في هذه المسألة.

وعليه فإن هناك حجج للفقه رافض لنقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، و حجج أخرى للفقه مؤيد لهذا النقل، ومنها:

---

(1) الشيخ محمد متولي الشعراوي في تفسير الشعراوي، المجلد السابع، أخبار اليوم، ص390.

1- حجج الفقه الرافض لنقل الأعضاء في حالة الضرورة: لا تثور مشكلة في حالة الضرورة بشأن نقل الأعضاء التي تتجدد تلقائيا، كالدم وغيره من السوائل(1)- عدا ما يؤدي إلى خلط الأنساب-. وذلك مع مراعاة رضاء المنقول منه كامل الأهلية، وتحقق باقي الشروط الشرعية، ومنها عدم إضعاف صحة المنقول منه أو الإضرار به.

كما أشار بعض الفقهاء إلى عدم جواز تطبيق نظرية الضرورة في جرائم النفس؛ ذلك أنه لا يصح إنقاذ إنسان على حساب إنسان آخر، وإن الضرر لا يزال بالضرر، وهي مسائل محل إجماع من الفقهاء، وأضافو إلى قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات تطبق بشرط ألا يؤدي الفعل إلى ضرر آخر"(2).

وكذلك بالنسبة لجواز استقطاع الإنسان جزء من جسمه ليأكله فإن ذلك جائز إذا توافرت حالة الضرورة بالنسبة له؛ لأن الغاية من الاستقطاع والمداواة واحدة وهي استبقاء النفس(3).

([1]) طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص131.

([2]) يوسف قاسم، الأسباب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، ندوة علمية نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، القاهرة، نوفمبر، 1993، ص58.

([3]) عبد الفتاح محمود ادريس، حكم التداوي بالمحرمات، ط1، 1993، ص306.

أما بالنسبة لاستقطاع عضو متجمد كالكلى من أدمي حي وزرعه في جسم غيره، فيميل جانب من الفقه(1) إلى عدم جواز ذلك ولو في حالة الضرورة وذلك للأسباب الآتية:

أ-حصر حالات الإباحة التي ورد بها نص صريح: إن الآيات التي تحدثت عن المحرمات وأباحت تناولها استثناء هي: الميتة والدم ولحم الخنزير والمخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وغيرها، فلا يجوز وفقا لهذا الرأي إضافة حالات لم ترد في الكتاب الكريم وإلا كان ذلك اعتداء على حدود الله وتوسعا فيما لا نص فيها(2).

فالتصرف عند الضرورة أنما يكون في حدود ما أحله الله، إذ قال المولى عز وجل في محكم كتابه: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[البقرة: 173]. أي أن الإنسان الذي ألجاته حالة الضرورة إلى تناول شيء مما حرمه الله تعالى في الكتاب العزيز، حالة كونه "غير باع" أي غير طالب للمحرم، "ولاعاد" أي غير متجاوز ما يسد جوعه ويحفظه من الهلاك، "فلا إثم عليه" في أكله "إن الله غفور رحيم".

---

(1) محمد نجيب عوضين، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النشر الذهبي، القاهرة، 1999، ص82.

(2) المرجع السابق، ص77.

ب-صعوبة الموازنة بين مصلحة المنقول منه ومصلحة المنقول إليه: إن استقطاع العضو البشري فيه اعتداء على حق الفرد في سلامة جسمه في سبيل مصلحة موهومة، حيث أن هناك احتمالات عديدة تجعل الموازنة بين مصلحة المنقول منه في سلامة جسمه ومصلحة المنقول إليه في المحافظة على حياته لا وجه لها، ومنها: رفض جسم المنقول إليه للعضو الذي انتزع له بعد فترة بالرغم من ثبوت توافق في الأنسجة وغيرها من الأمور التي تغلب الظن لدى أمهر الأطباء بتقبل جسم المنقول إليه لها، كذلك لا يمكن إغفال المضاعفات والمخاطر الأخرى التي تنشأ عن عملية زرع العضو، فالمنقول إليه ملتزم بتناول أدوية تقلل من المناعة الطبيعية لمقاومة لفظ الجسم للعضو الغريب مما يؤدي إلى زوال قدرته على مقاومة الأمراض الأخرى(1).

إن استقطاع عضو سليم والتصرف فيه يترتب عليه في الواقع وجود شخصين مريضين في المجتمع، حيث أن التطور العلمي لم يؤكد بعد بالدليل القاطع نجاح عمليات زرع الأعضاء وعدم لفظ الجسم المنقول إليه لهذا العضو بعد فترة(2).

(1) محمد نجيب عوضـــين، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص49.

(2) عبد الفتاح محمود أدريس، حكم التداوي بالمحرمات، مرجع سابق، ص303.

2- حجج الفقه المؤيد لنقل الأعضاء في حالة الضرورة: ذهب جانب كبير من الفقهاء إلى أن تحريم نقل الأعضاء لا يصمد أمام قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وقد استندوا إلى الحجج الآتية:

أ-إباحة الانتفاع بأجزاء الآدمي قياسا على إباحة بعض المحرمات في الأكل: "إن إباحة تناول المحرمات لضرورة حفظ النفس من الهلاك حكما عاما يسرى على جميع المحرمات إذا كان تناولها أو الانتفاع بها يصون النفس من الهلاك، فالحكم الشرعي العام لا يجوز تقييده بدون نص خاص، ولا يوجد النص الذي يمنع التداوي بأجزاء الإنسان الحي عند الضرورة".

وقياس التداوي بنقل الأعضاء على التداوي بتناول المحرمات عند الاضطرار لحفظ النفس هنا صحيح -وفقا لرأي جانب من الفقه-؛ لأن المنهي عنهما عند الاضطرار يسقط عنهما الرحمة ويعطي حكم الإباحة، بل يقاس أيضا على جواز التضحية وقت الجهاد أو لإنقاذ شخص من غرق أو حرق(1).

([1]) أحمد محمد العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، جامعة القاهرة، 1997، ص80.

ب-جواز التضحية ببعض الحقوق الأقل ضررا: قاعدة المفاضلة بين المصالح يمكن استخلاصها من قول المولى عز وجل: {أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَى بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ}[البقرة:61]. وفي ذلك ترجيح المصلحة الأعلى على المصلحة الأقل منه درجة. ويستخلص من ذلك أنه إن أمكن تحصيل المصالح جميعا ودرء المفاسد، وإن كان ذلك غير ممكن وكانت المفسدة أعظم من المصلحة أو تساويا درأنا المفسدة وفوتنا المصلحة، لأنه درء المفاسد أولى من جلب المنافع، وإذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة تقدم المصلحة(1).

وقد قال المولى عز وجل: {وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[البقرة:195] ومؤدي ذلك أنه لا يجوز شرعا تضحية الإنسان ببعض حقوقه إنقاذا للمريض المضطر إذا أدت إلى هلاك المنقول منه، فالمسألة قوامها عدم ضرر المتبرع واستعادة المتبرع له(2).

ومن خلال هذين الشرطين تتوافر الضرورة إذا كان إعطاء إنسان عضوا من أعضائه لإنسان آخر مريض يترتب عليه إنقاذه من الهلاك، دون أن يترتب على ذلك هلاك المنقول منه،

---

(1) أحمد السيد شرف الدين، التقدم العلمي والاجتهاد في المجال الطبي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون سنة 1986، ص473.

(2) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، قضايا إسلامية معاصرة، الفقه الإسلامي مرونته وتطوره، سلسلة البحوث الإسلامية، الكتاب الأول، 1989، ص223.

فإذا كان يشرع للمسلم أن يضحى بنفسه في مواجهة الكفار، ويلقى نفسه في اليم لإنقاذ غريق، أو يدخل ألسنة النار لإطفاء حريق أو إنقاذ شخص مشرف على الحرق أو الغرق، ويضحي بحياته لإنقاذ الغير من الاعتداء على حياته أو عرضه أو ماله، فإن من تبرع بجزء من جسمه -كإحدى الكليتين السليمتين- فإن تبرعه محمود ويؤجر عليه؛ لأنه رحم من في الأرض فاستحق رحمة من في السماء(1).

ويرد المؤيدون على القول "بعدم جواز تطبيق نظرية الضرورة في جرائم النفس"، استنادا إلى أنه لا يصح إنقاذ إنسان على حساب إنسان أخر. إن القاعدة الشرعية التي تقول أن "الضرر يزال" تقيدها قاعدة أخرى تقول أن "الضرر لا يزال بالضرر"(2). وفسرت بضرر مثله أو أكبر، فالشرع يطلب من الإنسان التضحية ببعض حقوقه لإنقاذ حياة المضطر، وإذا كان ذلك لا يعود عليه بضرر أعظم من الضرر العائد على المضطر فإنقاذ نفس واحدة يعد بمثابة إحياء للناس جميعاً، وقد قال الله سبحانه وتعالى: {مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا}[المائدة:32].

---

(1) يوســـف القرضاوي، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، ندوة عقدت في 23 أكتوبر 1980 في الكويت.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص92.

ويتجلى مما تقدم تتوافر الضرورة كأساس لإباحة نقل الأعضاء بين الأحياء إذا كان إعطاء إنسان عضوا من أعضائه لإنسان آخر مريض يترتب عليه إنقاذه من الهلاك دون أن يترتب على ذلك هلاك المنقول منه.

وهذا هو ما أكده البيان الختامي والتوصيات للندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين (23-26 أكتوبر 1989) بالتعاون بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي بجدة.

فقد نصت التوصية الأولى على ما يلي: "يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليهما وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامه تسبب للشخص أذى نفسيا أو عضوياً".

وقد ورد عن دار الإفتاء المصرية أنه(1):

أولاً: لا مانع شرعا من الترخيص في نقل الأعضاء البشرية من الإنسان الحي إلى الإنسان الحي ولا من الإنسان الميت إلى الإنسان الحي بالضوابط التي تقررها الشريعة الإسلامية من خلال نصوصها الشرعية والفقهية.

ثانيا: يترخص في نقل العضو البشري من الإنسان الحي إلى الإنسان الحي بالشروط والضوابط الآتية:

---

(1) طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، مرجع سابق، ص138.

-الضرورة القصوى للنقل، بحيث تكون حالة المنقول إليه المرضية في تدهور صحي مستمر ولا ينقذه من ذلك إلا نقل عضو سليم إليه من إنسان أخر بينهما درجة قرابة حتى الدرجة الثانية، ويجوز النقل حتى الدرجة الرابعة إذا حالت ضرورة النقل من الدرجات السابقة، ويقدر ذلك أهل الخبرة الطبية العدول شريطة أن يكون المأخوذ منه وافق على ذلك حال كونه بالغا عاقلا مختاراً.

-أن يكون هذا النقل محققا لمصلحة مؤكدة للمنقول إليه من الوجهة الطبية ويمنع عنه ضرراً مؤكداً يجل به باستمرار العضو المصاب بالمريض بدون تغيير.

-ألا يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمنقول منه ضرراً محققاً يضربه كليا أو جزئيا أو يمنعه من مزاولة عمله الذي يباشره في الحياة ماديا أو معنويا، أو يؤثر عليه سلبيا في الحال أو المال بطريق مؤكد من الناحية الطبية؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، ولا ضرر ولا ضرار(1) في الإسلام ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة الراجحة.

-2-نظرية الضرورة في القانون الوضعي

يقصد بحالة الضرورة مجموعة الظروف الخارجية التي تهدد الإنسان بخطر جسيم حال لا يمكن تلافيه إلا بإرتكاب جريمة(2).

([1]) هذه القاعدة نص حديث لرسول الله ﷺ رقم 2345، المستدرك على الصحيحين ج2، ص66.

([2]) محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1982، ص554.

وقد عرف قانون العقوبات الليبي حالة الضرورة في المادة (72) فنص على أنه: "لاعقاب على من ارتكب فعلا أرغمته على ارتكابه ضرورة إنقاذ نفسه أو غيره من خطر محدق يهدد بضرر جسيم للنفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى ما دام الفعل متناسبا مع الخطر، ولا يطبق هذا الحكم على من يخضعه واجب قانوني لتعريض نفسه للخطر")(1).

هذا وقد نصت المادة (61) من قانون العقوبات المصري على أنه: "لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولو لم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته متعه بطريقة أخرى"(2).

وتجدر الإشارة إلى أن قانون العقوبات الليبي، اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة، بينما اعتبرها المشرع المصري من موانع المسئولية؛ على أساس إنها تسلب الإنسان حريته في الاختيار سلبا جزئيا أو كلياً بحسب الأحوال، وتؤثر في إرادته بحيث تنتفي مسئوليته الجنائية. وساعد في ذلك ورد كلمة "لا عقاب" في نص المادة (61) عقوبات،

---

(1) فرج صـــالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دار الجماهيرية للنشر، مصراته، ط1، 1996، ص45.

(2) طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء مرجع سابق، ص141.

إذا أن إرادة المضطر لا تكون متوافرة في حالة الضرورة مما يجعله في حالة إكراه معنوي فينفي عنه المسئولية الجنائية.

وتتطلب حالة الضرورة – سواء أكانت مانع مسئولية أم سبب إباحة- توافر مجموعة من الشروط وهي: توافر خطر جسيم حال يهدد النفس أو المال، وارتكاب جريمة لمواجهة هذا الخطر تبدو كوسيلة ضرورية لمواجهة الخطر الذي يهدد مرتكب الجريمة أو الغير، وأن تكون هذه الجريمة هي الوسيلة الوحيدة التي تكون في وسع المتهم ارتكابها من بين الجرائم الممكن صدورها عنه بحيث لا يمكن النجاة من الخطر الجسيم الذي يهدده هو أو الغير بجريمة أخرى غير تلك التي قام باقترافها.

أولاً: حالة الضرورة كمانع من موانع المسئولية: يقصد بحالة الضرورة كمانع من موانع المسئولية – حالة يوضع فيها الشخص في ظروف استثنائية فيندفع بطريقة عفوية وتلقائية إلى ارتكاب سلوك إيجابي يجرمه القانون وذلك درأ لخطر جسيم يهدده خاضعا لغريزة حب البقاء.

فعلة الإعفاء من المسئولية في حالة الضرورة هنا قائمة في شخص الجاني على اعتبار أنها أثرت في إرادته إلى الحد الذي أفقدته أو كادت أن تفقده اختياره.

مثال ذلك: خروج الشخص عارياً هربا من حريق شب في بيته أثناء استحمامه فيرتكب جريمة فعل فاضح.

ففي هذه الحالة تضيق قدرة الشخص على الاختيار والتفكير الهادئ بصورة كاملة، ويعني ذلك أن إرادة الشخص لا تتمتع بالحرية الكاملة في الاختيار على النحو الذي يصلح لتقوم به المسئولية الجنائية(1).

ومن الواضح أن أساس الإعفاء من المسئولية ينتهي على شخص الجاني وما يتعرض له من موقف يهدد بهلاكه، فيجعله غير أهل لتحمل مسئولية ما يأتيه من أفعال، وهذا الأساس لا يستقيم في تبرير الإعفاء من المسئولية الجنائية في حالات أخرى يأتيها الشخص دفعا لخطر جسيم يهدد الغير أي ليست مصلحته الذاتية.

ثانياً: حالة الضرورة كسبب إباحة: هي حالة تحيط بالفرد تنذر بخطر جسيم يلحق بنفسه أو بماله أو بنفس أو مال غيره من الأفراد، ولا سبيل إلى الخلاص منها إلا عن طريق التضحية بمصلحة أقل منها أهمية أو متعادلة معها.

([1]) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص564.

ويبدو أن أساس حالة الضرورة هنا أساس موضوعي. وفي هذه الصورة قد يكون في استطاعة الفرد لو أراد أن يحجم عن إتيان السلوك المادي المجرم، دون أن يصيبه ضررا، تاركا حدوث النتيجة الجسيمة، مما يتعذر القول بأن حالة الضرورة قد أثرت في إرادته بحيث يمتنع مسئوليته(1). ففى هذه الحالة لم يقترف الفرد الفعل نتيجة لتأثير في الإرادة، بل مختارا وفقا لمبدأ التوازن بين المصالح لإنقاذ الحق الأجدر بالرعاية.

ومن أمثلتها أن يقوم الطبيب بالتضحية بجنين إنقاذا لحياة أمه، أو أن يتلف الشخص بابا إنقاذا لأشخاص تحاصرهم النيران. وتتوافر أيضا حالة الضرورة عندما تكون المصلحة التي ينقذها الشخص متعادلة مع تلك التي يضحى بها مثال في حالة من يضطر لقتل غيره لإنقاذ حياته.

ثالثاً: نظرية الضرورة في عمليات نقل وزرع الأعضاء: في كل عمل طبي لابد من القيام بعملية مقارنة أو موازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء، وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى المستقبل،

([1]) فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص545.

ومن ثم تتسم بقدر من الاحتمال أي عدم التأكد. فالطبيب والمريض يجريان مقارنة بين المخاطر التي قد يتعرض لها المريض إذا لم يعالج، ومخاطر إجراء معين من جهة وبين فرصة آفاق الشفاء من جهة أخرى.

أما في مجال نقل وزرع الأعضاء، فإن عملية الموازنة تكون محكومة ليس بمجرد موازنة عادية بين المخاطر والأمال، وإنما تدخل هذه الموازنة في نطاق حالة الضرورة.

كما أن الموازنة لا تكون متعلقة بشخص واحد، وإنما بأكثر من شخص، فتقدير المساوئ والأمال يكون على مستوى المريض، وعلى مستوى المتناول السليم؛ فيجب الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها من المريض والسليم من جهة، وثم الآمال التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى.

ولا يملك أي إنسان حق التصرف أو التضحية بحياة الغير، إلا إذا كان ذلك من أجل مهمة عامة عليا، وأن يكون اختيار الأشخاص المضحى بهم خاليا من أية أغراض شخصية(1).

ولما كان الطبيب يقوم بمهمة زرع الأعضاء فإنه يصبح لزاماً عليه أن يمارس مهمته هذه بالنظر إلى العلاقات التي يقيمها المريض -المستقبل للعضو- والمتنازل عن العضو.

([1]) سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار صبح للطباعة والنشر بيروت، ط1، 1999، ص75.

ومهمة الطبيب في مواجهة المريض لا تختلف عن مهمته في علاج الأشخاص العاديين، أي يجب أن يجرى الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض نتيجة المرض، والأمال التي يرجو أن يحققها له، وأما بالنسبة للمتنازل، فهو شخص سليم يترتب على تنازله إصابته بعاهة مستديمة، ولا يمكن القول بأن مصلحة المريض في حد ذاتها أرجح من مصلحة المتنازل.

لهذا فإن الموازنة طبقاً لحالة الضرورة لابد وأن تتم وفقاً للآتي:

1-يجب أن يكون هناك خطر يحدق بالمريض، ويكون عدم زرع عضو جديد له من شأنه أن يؤدي لا محالة إلى الموت؛ فالطبيب يرى أن هناك خطرا محدقا بالمريض.

2-يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع، وترجمة ذلك في مجال زرع الأعضاء، أنه إذا كان استئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له، إلا أن هذه المخاطر أقل بكثير من الضرر، فالمتنازل يظل على قيد الحياة، ويظل جسمه مؤديا لكافة وظائفه، ولا يصاب إلا ببعض النقص في الصفة التشريحية لجسمه، أما المريض فأنه يتعرض لخطر الموت الحال وبموازنة هذه المخاطر مع الضرر، نجد أن الضرر الذي يصيب المتنازل من استئصال جزء من جسمه، أقل من المخاطر المراد تفاديها بالنسبة للمريض، أي ضرر يسير لتفادي خطر جسيم.

3-يجب أن يكون زرع الأعضاء الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض، والملاحظ أنه في الكثير من الحالات لابد وأن يكون المتنازل من أقارب المريض حتى يمكن أن يكون الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض ولا يتصور الانتظار حتى وفاة القريب السليم، وإلا هلك المريض قبل وفاة القريب الذي تصلح كليته له، وعلى هذا إذا كان يمكن إنقاذ الشخص عن طريق نقل عضو من جثة ميت، فلا تتوافر شروط حالة الضرورة، ولا يجوز الاستئصال من جسم شخص حي.

4-يجب أن لا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم في وظائف جسمه والتضامن من الإنسان يستلزم الإبقاء على حياة الشخص في ظل أفضل الظروف الصحية، فإذا كان الشخص مصابا بمرض في كلية، فلا يجوز له التنازل عن الأخرى؛ لأن هذا يهدد حياته أو وظائف جسمه على الأقل.

وهنا تبدأ مسئولية الطبيب؛ فالمتنازل ينتهي دوره عند إبداء رغبته في التنازل، أما مسألة حساب الاحتمالات والمخاطر فهي من اختصاص الطبيب، فيجب أن يراعى أن يكون التضحية غير مؤدية إلى هلاك المتنازل أو إصابته بتلف خطير في وظائف جسمه(1)،

(1) هيثم حامد المصاروه، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص129.

وعلى الطبيب أن يتحقق من صلاحية العضو المتنازل عنه للزرع وعدم إصابته مثلا بأمراض، ومن كافة العناصر المانعة لنجاح الزرع، وتقدير كافة الاحتمالات حتى يستطيع على ضوئها اتخاذ القرار بإجراء الجراحة من عدمه.

5-يجب أن يشترك أكثر من فريق طبي في تقدير الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يتعرض له المتنازل، والتقدير بين الخطر والنجاح يجب أن يكون الأساس الذي يرتكز عليه القرار الطبي.

ولهذا كلما تقدم العلم وازدادت فرص النجاح، كلما أمكن القول بإباحة عمليات زرع الأعضاء.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الطبيب الذي يجرى عملية استئصال عضو من جسد شخص سليم لزرعه في جسد شخص مريض على وشك الموت غير مسؤول، بسبب وقوعه تحت تأثير إكراه معنوي نشأ عن حالة الضرورة، مما دفعه إلى ارتكاب جريمة معاقب عليها لإنقاذ حياة المريض.

وقد أمرت النيابة بحفظ دعوى أقيمت ضد أحد الأطباء الذي قام باستئصال كلية فتاة سليمة وزرعها في جسد شقيقها التوأم الذي يعاني من قصور كلوى وذلك بحجة أنه – أي الطبيب- كان تحت تأثير إكراه معنوي نشأ عن حالة الضرورة، في حين أن المجلس الوطني لنقابة الأطباء في فرنسا قد رأى إباحة هذه العملية؛ لأن نسبة نجاحها تفوق بكثير المخاطر التي كانت ستتعرض لها هذه الفتاة(1).

وهذا الرأي لا يخلو من النقد، ذلك أن حالة الضرورة تختلف عن الإكراه المعنوي، فمصدر الإكراه المعنوي دائماً إنساني، في حين أن مصدر الضرورة هو مجموعة من الظروف تهدد شخصاً بالخطر وتدفعه في سبيل الخلاص منه إلى ارتكاب جريمة.

كذلك يكون اختيار المكره معنويا محددا برغبة المصدر الإنساني الذي يزاول عليه الإكراه، إذ يحدد له الفعل الأجرمي المطلوب منه كي يتفادى الخطر، بينما لا يتحدد الفعل الذي يشكل جريمة الضرورة في أحوال الضرورة، إنما يستلهمها الخاضع للضرورة من ظروف الحال، ومن الجائز أن تتعدد أمامه الأفعال التي يمكن أن تخلصه من الخطر الجسيم المحدق به،

([1]) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص36.

وأن يختار من بينها هذا من ناحية(1)، ومن ناحية أخرى فإنه ولإعمال حكم الإكراه المعنوي يفترض وجود خطر جسيم حال بالنفس، ولا يد للمكره في حلوله، ولا قبل له بدفعه بوسيلة أخرى.

وبناء على ذلك، فإن الطبيب الذي نقل العضو لم يكن دافعا تحت تأثير إكراه معنوي؛ لأنه لم يتعرض شخصيا لخطر جسيم، وقد كان عند قيامه بنزع العضو من جسم المتنازل عالما بما يجرى ويعلم أيضا بأن من شأن فعله أن يلحق الضرر بالغير.

مما تقدم نرى أن نظرية الضرورة أثارت الجدل بين القانونيين، فذهب البعض إلى اعتبارها سبباً من أسباب الإباحة، في حين ذهب أخرون إلى اعتبارها مانعا من موانع المسئولية.

والحقيقة أن اعتبار الضرورة سببا من أسباب الإباحة يقضي إلى نتيجة غير صحيحة، ذلك أن فعل الطبيب يصبح مباحا، وبالتالي لا يسأل الطبيب جزائيا ومدنيا عما أحدثه من ضرر عليه(2)،

([1]) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القســـم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص174.

([2]) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص41.

فأن القول بالضرورة كسبب عام لإباحة كل عمل طبي ينطوي على إهدار لإرادة الشخص المتنازل -المعطي- ولإدارة المريض -المتلقى-، ولا يجوز بأي حال من الأحوال الالتفات عنها، وهذا باستثناء الضرورة القصوى، وعدم إمكانية أخذ موافقة المريض أو ذويه وكان الأمر يستدعي إنقاذه.

كذلك الأمر في اعتبار الضرورة مانعا من موانع المسئولية لا يغير من الأمر شيئا فيما يتعلق بأخذ العضو من جسم المتنازل، وأن يبقى الفعل غير مشروع، وبالتالي يجوز للمتنازل أن يدفع مثل هذا الفعل منحة القانون من حق استعمال الدفاع الشرعي، وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها فيما لو اعتبرنا الضرورة سببا من أسباب الإباحة، إذ يتعين على المتنازل هنا أن يتحمل الضرورة، حتى وإن كان ليس له علاقة بحدوثها، والأمر لا يخلو من الخلط، ذلك إن المتنازل لا تتحقق له في حالة نزع عضو من أعضائه أي مصلحة علاجية ويبقى له في هذه الحالة الحق في الرجوع على الطبيب بما لحقه من ضرر.

مما تقدم نلاحظ قصور نظرية الضرورة في أن تكون سبب إباحة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مما يحتم علينا البحث في معيار آخر يكون بديلاً لنظرية الضرورة في هذا الشأن.

المبحث الثالث نقل وزرع الأعضاء البشرية ونظرية المصلحة الاجتماعية

تقوم هذه النظرية على فكرة التضامن الاجتماعي الذي يقتضي التضحية بالمصلحة الأقل في سبيل تحقيق المصلحة الأكبر، فإذا تعارضت مصلحتان فينبغي ترجيح المصلحة التي تحقق أكبر فائدة، فهذا واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني ذاته(1).

ولئن كانت للفرد مصلحة مباشرة في سلامة جسمه، فإن للمجتمع أيضا مصلحة في ذلك؛ تأسيسا على أن طبيعة النظام الاجتماعي تقتضي أن يقوم كل فرد في المجتمع بوظيفته الاجتماعية، وهذه الوظيفة تلقى على عاتق الفرد مجموعة من الالتزامات، وبطبيعة الحال لا يستطيع الفرد أن يفى للمجتمع بالتزاماته قبله، وأن يقوم بوظيفته الاجتماعية إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونه.

فإذا طبقنا معيار المصلحة الاجتماعية في مجال نقل الأعضاء،

---

(1) محمود نجيب حســـني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959، ص545.

فإن هذه العمليات ينبغي أن ينظر إليها من منظور المصلحة التي تعود على المجتمع من نقل العضو من المعطي إلى المريض، وذلك من خلال الترجيح بين المزايا التي تعود على المتلقى بالمقارنة بالأضرار التي تلحق بالمعطي في ضوء المصلحة الاجتماعية وبحيث يتحقق للمجتمع عموما منفعة من وراء زرع الأعضاء أكبر من قبلها.

-1-مفهوم معيار المصلحة الاجتماعية

إن الحق في سلامة الجسم هو من الحقوق اللصيقة بالإنسان، وبالتالي فمن المصلحة عدم تعطيل وظائف الجسم والاحتفاظ بسلامته، إلا أن لهذا الحق جانبا أخر يتمثل في حق المجتمع في أن يؤدي الجسم وظيفته الاجتماعية على خير وجه(1).

وهذا بطبيعة الحال يشير إلى أن الفرد ملزم بواجبات تجاه المجتمع الذي يعيش فيه، وهو ضرورة المحافظة على سلامة الجسم وعدم المساس به، من أجل أن يؤدي الالتزامات الواجبة عليه تجاه المجتمع، بمعنى أن هناك حق الاتفاق للمجتمع على الجسم(2).

([1]) حســـام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، 1975، ص54.
انظر: عبد الحميد الشواربي، مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط2، 2000، ص245.

([2]) محمود نجيب حسني، الحق سلامة الجسم، مرجع سابق، ص546.

ولئن كانت وظيفة الطبيب في أصلها اجتماعية غايتها تهدئة ألآم المرض أو تخفيفها أو الشفاء منها، فإن عمل الطبيب في حقيقته منطوي على مصلحة اجتماعية، تهدف أساسا إلى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بأعباء وظائفهم الاجتماعية التي يفرضها عليهم المجتمع تحقيقاً للمصلحة العامة، وتقتضي المصلحة الاجتماعية ضرورة أن يمارس الطبيب عمله في حدود القواعد التي وضعها المشرع لممارسة مهنة الطب، أن يحترم إرادة الإنسان، وهذه المقتضيات جميعا تحقق في النهاية مصلحة المريض في البقاء ومصلحة المجتمع في المحافظة عليه بالحفاظ على صحة أبنائه وحياتهم(1).

ولكن ما أثر المصلحة الاجتماعية في القيمة القانونية للرضاء الصادر من المانح -المعطي-؟.

أولاً: المصلحة الاجتماعية وأثرها في القيمة القانونية لرضاء المعطي: إذا كانت الوظيفة الاجتماعية للحق في سلامة الجسد والتي تتمثل في ضرورة تمتع كافة الأفراد المكونين لمجتمع ما بكيان مادي سليم ومتكامل هي التي حدت بالعديد من التشريعات والمذاهب الفقهية إلى إنكار كل قيمة لرضاء المجني عليه كقاعدة عامة في مجال الأفعال الماسة بسلامة الجسم،

([1]) حســـام الدين الأهواني – الحق في ســـلامة الجسم، مرجع سابق، ص54. وانظر: هيثم حامد، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص118.

وإذا كان السبب ذاته هو الذي دفع القضاء في إنجلترا إلى حق استثناء على القاعدة العامة التي تعطي للرضاء قيمته القانونية في إباحة أفعال الاعتداء على الجسم والذي يتمثل في إنكار تلك القيمة في حالات الضرر الجسيم، فإن العلة ذاتها هي التي أخذ منها جانب كبير من الفقه، وفي مختلف المدارس القانونية نقطة الانطلاق في جعل الرضاء الصادر من المانع أساساً لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء(1). فالحق في سلامة الجسد، لدى هذا الفقه يتنازعه اعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول: ويتمثل من خلال تكامله الجسدي.

أما الاعتبار الثاني: فيجسده حق المجتمع في سلامة أفراده بوجه عام لكي يؤدو ما أنيط بهم من وظائف اجتماعية، وبعبارة أخرى فإن هناك ارتفاق مقرر لمصلحة المجتمع يرد على الحق في سلامة الجسد ويؤدي إلى نتيجة لازمة لحماية ألا وهي الحد من قدرة الفرد على التصرف بهذا الحق(2).

---

(1) مهند صــلاح، الحماية الجنائية للجســم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص75.

(2) حسنين إبراهيم عبيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص122.

وإذا كان الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسد يهدف إلى تكامل الأفراد والرقى بالمجتمع كوحدة واحدة وذلك من خلال أداء كل فرد لوظيفته الاجتماعية على النحو المرسوم له، فإنه يجب النظر دائما إلى المصلحة النهائية لسلامة الأفراد ككل من غير التعويل على تقييم كل فرد على حده.

فالمعيار إذن هو الحاصل النهائي للمنفعة الاجتماعية وما تؤديه للمجتمع بوجه عام، وعلى ذلك وفي مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء، فإن رضا المعطي سوف تكون له قيمة قانونية تتيح نقل عضو من أعضائه إذا كانت المصلحة النهائية التي سوف تنتجها عمليتي انتزاع العضو وزراعته أكبر من حاصل المنفعة الاجتماعية قبل إجراء هذه العملية، وذلك بأن يكون مجموعة أداء المعطي والمتلقى بعد نقل وزراعة العضو أكبر مما كان عليه من قبل ولا يقدح في ذلك ما قد يلحق المعطي من أضرار وانتقاص في صحته العامة، إذ أن ذلك الانتقاص سوف يقابله زيادة أكبر في السلامة الجسمانية للمتلقى، فإذا كان ما سيفقده المعطي في هذا الصدد يساوي نسبة مئوية بسيطة مثلاً وكان من شأن هذه النسبة أن ترفع من مستوى أداء المتلقى لوظيفته الاجتماعية بعد علاجه،

فإن الحاصل النهائي للمنفعة الاجتماعية لطرفي العملية سوف يكون أكبر وبالتالي سيعود على المجتمع بمزايا أكثر مما لو احتفظ طرف واحد بكامل صحته وظل هناك في المقابل من هو عاجز عن أداء أي وظيفة اجتماعية تذكر(1).

ولكي تتحقق هذه المعادلة يورد أنصار هذا الاتجاه قيود معينة يجب أن تتوافر حتى يتحقق الغرض الاسمي من عملية نقل وزراعة العضو، ومن أهم القيود هنا ألا يؤدي انتزاع العضو من المعطي إلى انتقاص دائم وجسيم في صحته بحيث يجب أن يظل ما سيلحق به من أضرار أقل مما سيصيب المتلقى من ضرر إن لم يزرع له العضو أو على الأقل أن تكون الحالة الصحية لكليهما بعد إجراء العملية متعادلة(2).

وثمة قيد أخر يؤكد عليه أنصار هذا الاتجاه ويتمثل في ضرورة توافر القصد العلاجي في عملية نقل وزراعة العضو وأن لاتكون هناك وسيلة علاجية أخرى يمكن اللجوء إليها عوضا في هذه العملية(3).

([1]) رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص197.

([2]) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة 1989، ص237.

([3]) أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1986، ص80.

وخلاصة القول: إن الفكر المؤيد لهذه النظرية يرى في مجمل عمليات نقل وزراعة الأعضاء حدثا يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية، فهو في مجمله حدثا اجتماعيا جليلا يعد تعبيرا صادقا عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد، فإنقاذ حياة شخص ما أو السعي إلى شفائه من مرض يقعده عن أداء وظيفته الاجتماعية وذلك بمنحة جزء من جسد شخص أخر سليم لن يكون لعملية الانتزاع من جسمه أثر على سلامته الجسمانية بوجه عام يعد أمر مقبولا اجتماعيا بل جدير بالإشادة والتأييد(1).

والواقع أن معيار المنفعة الاجتماعية لا نجد له صدى في القانون الأنجلو أمريكي، ذلك أن المعمول عليه دائما في هذا الصدد هو رضاء المعطي رضاءً حرا ومستنيرا، فالقضاء والفقه لا ينشغل كثيرا ببحث ما إذا كانت عملية التبرع والزرع سوف تفضى إلى عائد وفائدة اجتماعية أم لا، وإنما ينصب البحث والاهتمام على دراسة الرضاء الصادر من المعطي، وضرورة توافر شروط معينة فيه، كما ينتج أثره القانوني في إباحة عملية انتزاع العضو من الجسم.

---

(1) Christiab Byk: Transplantatiqn d'organes et Droit, Un Greffe Reuss, C.P. N. 23,4 Juin, 1997, Doctrine, 4026. No 1-2 P 245. Rene Savatier, op.cit, 2247, No5.

فالرضاء هو الأساس الوحيد الذي يبيح للفرد التصرف في جسمه أو جزء منه على النحو الذي يراه مناسباً طالما كان ذلك الرضاء مستوفيا لشروطه القانونية. وهذه السيادة المطلقة للفرد على جسمه مرجعها التكييف القانوني لطبيعة الحق على الجسد في القانون الأنجلو أمريكي حيث يعتبره البعض جزءا لا ينفصل عن الحق في الخصوصية (The Right of Privacy) وهو الذي يقره ويحميه الدستور وقواعد القانون العام (Common law).

ومن خلال التعريف الموجز الذي وضعه الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي لهذا الحق فإنه يتضح مدى السلطة التي يعطيها للفرد في التصرف في جسمه كيفما يشاء فالحق في الخصوصية -كما يعبر عنه جانب من الفقه- ما هو إلا حق الشخص في أن يترك وشأنه (The Right to be let alone)(1).

---

(1) Mary Taylor Danforth, Cells, and Royalties, Yale and Policy Review, Volume (6), No (1) 1988, P 185.

ويذهب جانب أخر من الفقه الأنجلو أمريكي المهتم بدراسة أخلاقيات العلوم الإحيائية إلى أبعد من ذلك، حيث يرى أن حق الشخص على جسمه ما هو إلا حق ملكية حصرى مقصور على صاحبه (Exclusive Property Right) وذلك قياسا على حق الإنسان في الاسم والهيئة (Own Name and Likeness Exclusive Right) والذي يرى البعض أنه يمثل حق ملكية ذات طبيعة خاصة أكثر من كونه حقاً في الخصوصية(1).

والحق الحصرى للإنسان في ملكية جسمه – لدى هذا الفقه – يتكون من شقين أساسين: شق إيجابي : ويعطي للفرد سلطة مطلقة في التصرف بجسمة أو جزء منه لأي غرض ووفقا لما يراه مناسبا، وشق أخر سلبي: يتمثل في منع الغير من التدخل في ما يقوم به الشخص من تصرفات وأفعال في هذا الصدد(2).

وأيا ما كان أمر الخلاف حول طبيعة حق المرء على جسمه، فإن نقطة الالتقاء بين هذه الاتجاهات المختلفة تتمثل في أتفاقها جميعا على أن الرضاء المجرد لصاحب الحق -المعطي- يشكل الأساس القانوني الوحيد لإجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء دون حاجة بعد

---

(1) Mary Taylor Danforth, lbid, P. 192.

(2) Judith Thomson, The right to Privacy, 4 phil & Pub, Affairs, 1975, P. 295.

ذلك لبحث ما إذا كانت عملية الاستئصال والزرع تتضمن عائدا اجتماعياً أم لا؛ ذلك أن المنفعة الاجتماعية لا تعد من العناصر المكونة لسبب الإباحة في هذا الصدد، غاية الأمر أنه وبالإضافة إلى اشتراط أن يكون المعطي بالغا وعاقلا وعلم بكافة المخاطر المحتملة يضيف البعض إلى ذلك ضرورة تحرى معقولية وجدية قراره، وأنه قد صدر مجرداً عن أي تأثيرات عاطفية وانفعالات لحظية(1).

ثانياً: تقييم نظرية الرضا المقترن بالمصلحة الاجتماعية: رغم اجتهاد أنصار نظرية الرضاء المقترن بالمصلحة الاجتماعية في إيجاد الحجج المنطقية والتمسك بأهداف القيم الإنسانية وفكرة التكامل الاجتماعي لإثبات سلامة منطقهم إلا أن نظريتهم لن تنجو من بعض الانتقادات التي واجهتها، ومن أهمها:

1-أن هذه النظرية تجعل من رضاء المعطي الركيزة الرئيسة التي يقوم عليها أساس الإباحة في عمليات انتزاع العضو من شخص سليم، وهو فعل يمثل جريمة جرح بسيطة أو مفضيه إلى عاهة مستديمة بحسب الأحوال،

(1) Ruth Macklin, Mortal choices, Bioethics in Today's World, Pantheon Books, Random House, lnc New york, 1987, P (180 - 182) Charlotte.L.Levy, op. Cit,P. 54.

الأمر الذي يتناقض والقواعد المستقرة في القانون الجنائي والتي لم تجعل من الرضاء سببا عاما للإباحة، وبوجه خاص في الحقوق ذات الأهمية والصيغة الاجتماعية، وعلى رأسها وفي مجال الحقوق اللصيقة بالشخصية الحق في سلامة الجسد والحق في الحياه(1).

2-إن الأخذ بمعيار المصلحة الاجتماعية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء سوف يؤدي إلى نتائج ربما تتناقص وبعض القيم الإنسانية؛ ذلك أن التقديرات في هذا الصدد سوف يكون مناطها دائما الفائدة والمنفعة التي سوف تعود على المجتمع بغض النظر عن الاعتبارات الفردية الإنسانية، وعلى ذلك فإن تقدير هذه المنفعة سوف يكون منوطاً دائماً بالأهمية الاجتماعية للشخص وما يشغله من مركز علمي أو قيادي، بحيث يصبح تنازل عالم كبير عن إحدى كليتيه لأحد السعاة مثلا أمرا لا ينطوي على أي فائدة اجتماعية بينما العكس صحيح، فاقتطاع جزء من جسد صاحب المكانة المتواضعة لمصلحة أحد العلماء سوف تتحقق منه فائدة ومنفعة اجتماعية كبيرة، وهكذا فإن الحسابات سوف يتجاوز البعد الإنساني للفرد وتطغى عليه تحت ستار النفع الاجتماعي(2).

---

(1) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات، الاسكندرية، 1999، ص270.

(2) حسام الدين الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص58.

3-إن معيار المصلحة الاجتماعية يبدو من العسير اعتباره معياراً منضبطا؛ ذلك أن القول بأن عمليات نقل وزراعة الأعضاء تحقق الفائدة والمنفعة الاجتماعية يبدو أمراً غير مفهوم وتنقصه الدقة، حيث أنه وإن كان صحيحاً أن عملية زراعة العضو سوف تعود بالنفع على المتلقى وترفع من كفاءة أداء جسمه لوظائفه، وبالتالي سوف تزيد من العائد الاجتماعي المنتظر منه، إلا أن الأمر لا يبدو كذلك بالنسبة للمعطي الذي لن يجنى أي فائدة من جراء تنازل عن جزء من جسمه، بل على العكس سوف يلحقه الضرر وانتقاص في سلامته الجسمانية، وبالتالي انخفاض ملموس في أداء لوظيفته الاجتماعية(1).

4-وثمة نقدا أخر وجه لهذه النظرية، وفحواه أن الأخذ بمعيار المصلحة الاجتماعية هو معيار غامض بطبيعته ومطاط، سوف ينزل بالصحة العامة للأفراد منزلة الشيوع، بحيث تنتزع الأعضاء وفقا لما يقدر من عائد وفائدة اجتماعية، لذلك يؤكد البعض على ضرورة التفرقة بين معيار المصلحة الاجتماعية وما قد يفضى إليه من شيوع في الصحة العامة، وفكرة التضامن الإنساني التي يجب أن تحكم عمليات نقل وزراعة الأعضاء هي فكرة أعم وأشمل

([1]) حمدي عبد الرحمن، أثر التطورات الطبية الحديثة على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فكرة الحق، دار الفكر العربي، 1979، ص50.

وترتكز على أسس إنشائية بما لدى كل فرد من روح التعاون والتكامل الإنساني، وتحقق فكرة التضامن الإنساني في نفس الوقت والنفع الاجتماعي المنشود واشتراط الرضاء في جانب المعطي يؤكد على عدم إغفال الجانب الشخصي في عمليات انتزاع الأعضاء بغرض غرسها وضرورة ان يكون التنازل قد تم عن قناعة(1).

5-حتى وإن سلمنا بأن هذه النظرية سوف تعمل في ظل مجتمع ديمقراطي يولي حقوق الإنسان أهمية كبيرة، فإنه ليس من العسير أن يلحظ المرء مجافاة العدالة والقيم الإنسانية التي تقوم عليها هذه النظرية؛ ذلك أن المصلحة الاجتماعية مالها دائما المنفعة الاجتماعية التي تعود من الفرد، فرغم أن محاولة الفقهاء الابتعاد عن التقييم بناء على ما يشغله الشخص من مركز أو وظيفة اجتماعية، فإنهم سرعان ما ينزلون في هذا الشرك، ويمكن ملاحظة ذلك حتى ممن يتبنون معيار الضرورة حينما يناقشون مشكلة التزاحم بين المتلقين وذلك في حال تماثل الحالة المرضية لكل منهم دون أن يكون لأحدهم أسبقية على الآخر في التقدم بطلب زراعة العضو،

(1) أحمد محمود سعيد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص76.

ولا يقتصر هؤلاء على التقييم وفقا للأهمية الاجتماعية للفرد المبنية على أساس مكانته العلمية أو حساسية ما يقوم به في عمل، بل أن الأمر يتجاوز ذلك بحيث تصبح الحالة الاجتماعية للشخص من حيث كونه أعزبا ولا يعول أورب أسرة ينفق على أفراد أسرته، من الأمور المعول عليها في تقدير الأولوية في عمليات زراعة الأعضاء، فالحالة الاجتماعية فيما يبدو تعد أيضا ضرورة لدى أنصار هذا الاتجاه من العناصر الداخلة في تقييم الفائدة والمصلحة الاجتماعية للشخص(1). وعلى ذلك فإن العاطل عن العمل والأعزب والمتقاعد لبلوغه سن التقاعد لا يبدو من كان مثلهم جديرا بمزاحمة نظرائهم من أرباب الأسر والعاملين حتى ولو كانت أحوالهم الاجتماعية المتردية هذه قد فرضتها عليهم ظروف ذلك المجتمع الذي يسعى أصحاب هذه النظرية إلى فائدته ومنفعته، بل وحتى فيما يخص طائفة المستحقين لإجراء عملية زراعة عضو، فإن جدول الأولويات سوف يتدرج من العالم إلى العامل وهكذا.

---

(1)حسام الدين الأهواني، المشاكل التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص58. Rene Savatier, Les Problemes Juridiques Des Transplantations d'organes, Humains, J.C.P. 1969, Doctrine, Non 9.

وأخيراً، إذا ما تساءل المرء عن الأساس القانوني الصحيح لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، فإنه يمكن استخلاص ذلك الأساس من خلال القاسم المشترك بين مختلف النظريات السابقة في مجالنا هذا، ألا وهو رضاء المعطي(1)، وذلك أن استقراء النظريات السابقة يبين أن هناك قناعة تامة لدى كافة الفقهاء والباحثين في هذا الفرع من العلوم الإنسانية بحتمية رضاء المعطي؛ لكي تكتمل لهذه الممارسة ركيزتها القانونية التي تقوم عليها.

ويمكن للمرء أن يدعي أن تناول الفقهاء لمسألة الرضاء كشرط من شروط عمليات نقل وزراعة الأعضاء ما هو إلا أمر ظاهري يخفى وراءه قناعة تامة بأن الرضاء يكون سبب الإباحة الذي تقوم عليه هذه الممارسة، إلا أن المحافظة التي يتسم بها رجال القانون عادة هي التي تجعل جانب كبير من الفقه ينكر عليه هذا الوصف قولاً مع قناعتهم التامة بوجوده عملاً عليه يجب دراسة أساس المشروعية لهذا النوع من الممارسات الطبية المتسمة بالدقة والخطورة في ضوء المعطيات القانونية والواقعية على حد سواء.

([1]) مهند. صلاح العزه، الحماية الجنائية للجسم البشري، مرجع سابق، ص86.

-2-مجال تطبيق معيار المصلحة الاجتماعية

باستعراض ما تقدم من اتجاهات فقهية والتركيز على معيار المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية -والذي يحمل بين جوانبه مبدأ أساسياً بأن الفرد جزء من المجتمع وعليه التزامات وأعباء تجاه مجتمعه، وأي عمل ينتقص من قدرته الفسيولوجية على القيام بمثل هذه الأعباء، يعد خروجا على مبدأ المصلحة العامة- فإنه لابد من إيراد بعض الصور التي تظهر فيها المصلحة الاجتماعية باسمى معانيها وهي: عمليات نقل الدم، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

1- عمليات نقل الدم: يذهب أنصار معيار المصلحة الاجتماعية إلى تطبيقه على عمليات نقل الدم من صحيح الجسم إلى المريض(1)؛ فإن عملية نقل الدم تؤدي في مجملها إلى انتقاص في كمية الدم لدى الإنسان، ولكن كافة الاتجاهات الطبية والعلمية أجمعت على أن هذا الانتقاص آني ومؤقت وسرعان ما يعوض على المدى القريب، وأن هذا الانتقاص المؤقت لا يؤدي إلى أي انتقاص في أداء المتنازل أو المتبرع لوظيفته الاجتماعية، وبالتالي فإنه لا يؤثر على المجتمع ولا يلحق به الضرر، وأن الانتقاص اليسير من إمكانيات التبرع لا يقلل على الإطلاق من صلاحيته للقيام بجميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية.

---

(1) رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، مرجع سابق، ص223.

وهذا يستلزم من الطبيب ضرورة التأكد من حالة المتنازل -المعطي- الصحية بإجراء الكشف الأولى على حالته لبيان ما إذا كان قادراً على التبرع، ولبيان ما إذا كان هذا التبرع قد يلحق له ضرراً أو انتقاصاً في أدائه لوظائفه، وذلك قبل السماح له بالتنازل أو التبرع بالدم(1).

فالتبرع بالدم -أي نقله من شخص إلى أخر- يعتبر مشروعا ويجوز للشخص التصرف في دمه إذا كان هذا النقل لن يعيق حالته الصحية، أما إذا ثبت أن الحالة الصحية للشخص ضعيفة بحيث يترتب على نقل دمه عدم قدرته على القيام بجميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية أو لأن الوظيفة الاجتماعية للشخص تتطلب قوة بدنية كاملة بحيث لا يمكن إرجاء العمل الذي يقوم به هذا الشخص بغير ضرر يصيب المجتمع فإن سحب الدم يعتبر غير مشروع.

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل الدم: صدرت فتوى من لجنة الفتوى بالأزهر الشريف(2) تفيد بأن الله تعالى قال في كتابه العزيز: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ}[البقرة:173]. وقال المولى عز وجل في آية أخرى: {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[الأنعام:145].

---

(1) أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا الإيدز وألتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1994، ص30.

(2) الفتوى رقم (492) منشورة بمجلة الأزهر، 1368هـ، ص743.

ومن هاتين الآيتين الكريمتين اللتان تفيدا أنه إذا توقف شفاء المريض أو الجريح وإنقاذ حياته على نقل الدم من آخر بألا يوجد من المباح ما يقوم مقامه في شفائه وإنقاذ حياته جاز نقل الدم إليه بلا شبهة ولو من غير مسلم، وكذلك إذا توقفت سلامة عضو وقيام هذا العضو بما خلقه الله له على ذلك جاز نقل الدم إليه، أما إذا لم يتوقف أصل الشفاء على ذلك ولكن يتوقف عليه تعجيل الشفاء فنصوص الشافعية تفيد أنه يجوز نقل الدم لتعجيل الشفاء وهو وجه عند الحنفية، فقد جاء في الباب الثامن عشر من كتاب الكراهية في الفتاوى الهندية ما نصه "يجوز للعليل شرب الدم والبول وأكل الميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه وجهان".

وخلاصة هذا: أنه إذا تحقق توقف حياة المريض أو الجريح على نقل الدم جاز بنص القرآن، أما إذا توقف عليه تعجيل الشفاء فحسب فيجوز على أحد الوجهين عند الحنفية ويجوز على مذهب الشافعية، وهذا مقيد بلا شبهة بما إذا لم يترتب على ذلك ضرر فاحش بمن نقله منه الدم.

ثانياً: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية: إذا طبقنا معيار المصلحة الاجتماعية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، فإن هذه العمليات يجب أن تقاس من زاوية المنفعة التي تعود على المجتمع من نقل العضو من المعطي إلى المريض(1).

فإذا صح القول بأن عملية زرع الأعضاء البشرية تعد عملاً علاجياً بالنسبة للمريض، فإن عملية استئصال العضو من المعطي لا تعد عملاً علاجياً بالنسبة له لأن هذا الاستئصال يمس سلامة جسمه، ولكن يجب التفرقة في مجال المساس بالحق في سلامة الجسم - بين المساس بالجانب الفردي - وبين المساس بالوظيفة الاجتماعية، أي ارتفاق المجتمع على الجسم.

فالفرد يستطيع أن يتصرف في أي جزء من جسمه، طالما أن ذلك التصرف لم ينقص من صلاحية هذا الفرد لأداء جميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية، أي أنه لم يمس الوظيفة الاجتماعية للجسم،

---

(1) Severino : La Lesione consensuaie per innesto chirur – gico,col. 592ets.

وعلى ذلك فإذا رضى المعطي باستئصال جزء من جسمه، يعتبر الأساس القانوني لمشروعية استئصال العضو منه، فقد تجرد فعل الاستئصال من الصفة غير المشروعة بفضل الإباحة المترتبة على الرضاء.

ويجب عند زرع الأعضاء أن يكون مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع بعد الزرع أكبر من قبلها(1). فحين يتنازل شخص عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق، فإن النفع الاجتماعي المترتب على عملية زرع الكلية يزيد في مجمله عما كان قبل إجرائها. فقد حدثت علة دائمة بجسم المعطي وهي استئصال إحدى كليتيه غير أن هذه العلة قد وازنها نفع أكيد لدى المريض وهو إنقاذ حياته من موت محقق.

والحقيقة أن المعطي قد يتعرض لمخاطر حتى بالنسبة لاستئصال عضو من أعضائه المزدوجة كإحدى كليتيه ؛

---

(1) عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص196.

لأنه سيكون تحت رحمة العضو الباقي، فإذا ما أصيب هذا العضو بمرض خطير، فإن حياته قد تتعرض لمخاطر، الأمر الذي يؤدي إلى الانتقاص من وظيفته الاجتماعية، ولكن هذه المخاطر -وهي محتملة ومحدودة- تستحق أن يتحملها باسم التضامن الاجتماعي والإنساني.

ونخلص من ذلك إلى أنه إذا كانت المحصلة النهائية لاستئصال عضو من جسد المعطي لزرعه في جسد المريض هي حماية مصلحة اجتماعية جديرة بالرعاية حين يستطيع كل من المعطي والمريض القيام بواجباتهم الاجتماعية، فإن المساس بالتكامل الجسدي للمعطي يكون مباحاً قانوناً خاصة وأن العلوم الطبية والجراحية قد تقدمت بصورة مذهلة بحيث أمكنها التغلب على ظاهرة لفظ جسم الإنسان للأعضاء الأجنبية عنه. فلم تعد هناك – في الوقت الحاضر – مخاطر تذكر بالنسبة لعملية نقل وزرع الأعضاء.

المبحث الرابع موقف الشريعة الإسلامية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد ما ذكرنا من تكريم الشريعة الإسلامية للإنسان، وجعلها للجسد الإنساني حرمه وأحتراما، فلا يباع جسده ولا يوهب ولا ينزع منه، وحثها على الاهتمام بسلامة جسده وبنيانه بدعوته إلى التطبيب والتداوي، وحظرها التداوي غير المشروع بمجرم أو خبث، وتنبيهها أن للتحمل والصبر جانب كبير يتعلق بعقيدة المرء.

وجدنا الإنسان قد تجرأ على هذا الإطار، باحثا عن نتيجة موهومة، بغض النظر عن هذه الوسيلة التي تؤدي إلى هذه الغاية وإذا كانت مشروعة أم لا... وقبل أن تكتمل تجاربه ومحاولاته للوصول في إطار قدراته إلى الدواء المشروع والبحث عنه، بدأت يده تعبث، وعقله يفكر في استخدام جسده كقطع غيار تنزع من جسد آخر ليداوي بها المرض، دون أن يكترث إذا كان فعله هذا يضر المقتطع منه، ولا يقطع بشفاء المنقول إليه،

وما إذا كان هذا العمل مشروعاً أم لا، وهل اقتطاع جزء من جسد الإنسان والحصول عليه بمقابل أمر جائز شرعاً أم لا، وهل يختلف الأمر لو كان الحصول على هذا العضو بطريق التبرع أو الهبة؟، وهل جسد الإنسان يصلح محلاً للتداول؟، وهل يقبل العقل أن يكون جسد الإنسان وأعضاؤه محلاً للتداوي ومادة له أم لا؟، وهل صرح الشرع له بذلك بعد بيان التكريم والتعظيم له؟.

وإذا كان علماء الغرب -بالرغم من اعتراض الكنيسة على تصرفهم هذه بشدة- لا يعنيهم رأي الدين ما دامت النتائج المادية في طريقها لتحقيق غرضهم، فالأمر مختلف عند المسلمين الذي يجب تبرير وتسبيب كل قضية لديهم وإخضاعها لأحكام الشرع ونصوصه.

فما هو حكم نقل الأعضاء من الإنسان إلى الإنسان؟. هل تعرضت أبحاث الفقهاء لمثل هذا الموضوع؟ وما هو الحكم المستخلص منها؟ ثم ما هو موقف المعاصرين والمحدثين من الفقهاء في هذه المسألة.

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث أمرين: الأول: أدلة المانعين لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أما الثاني: فهو أدلة المجزين لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

-1-أدلة المانعين لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

ذهب الفقهاء(1) من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والأمامية والعديد من المحدثين من الفقهاء(2) إلى تحريم نقل الأعضاء البشرية وزرعها في جسم إنسان حي بقصد العلاج؛ إذ أنهم اعتبروا ذلك من قبيل العلاج بحق مغتصب، وهو أمر محرم على الشخص المعالج وعلى الطبيب المعالج، واستدلو على ذلك بالآتي:

أولاً: من القرآن الكريم: حيث استدل الفقهاء من بعض آيات القرآن الكريم على تحريم نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأن نقل العضو من جسم إنسان لآخر فيه تهلكة له وأحياء لغيره، وهذا الأمر منهي عنه،

([1]) انظر في فقه الأحناف: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العربي بيروت". وانظر في فقه المالكية: "بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد الصاوي على الشرح الصغير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، القاهرة". وانظر في الفقه الشافعي: "المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبي إسحاق الشيرازي دار المعرفة، بيروت". وانظر في الفقه الحنبلي: "المغني والشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي، دار الكتاب العرب، بيروت". وانظر في الفقه الظاهري: المحلى لابن حزم الظاهري، مكتبة الجمهورية العربية، القاهرة".

([2]) الشيخ محمد متولي الشعراوي: وورد رأيه في مقال نشر بجريدة اللواء الإسلامي العدد (226) في 27 جمادي الآخر سنة 1407، بعنوان: "الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع به". وكذلك د. حسن الشاذلي من علماء الأزهر، وكذلك د. يوسف قاسم، أستاذ ورئيس قسم الشريعة بجامعة القاهرة وغيرهم. وهذا على سبيل المثال لا الحصر.

فقد جاء لفظ التهلكة بصفته العمومية ليشمل نقل الأعضاء وغيرها، إضافة إلى أن نقل الأعضاء تغيير لخلق الله باعتباره أمراً من الشيطان وهو أمر منكر(1). وفي الوقت الذي كرم فيه الله سبحانه وتعالى بني آدم، فلا يحل نقل عضو من أعضائه حال حياته أو مماته أيا كان السبب؛ لأن ذلك إخلالا بالصورة التي كرم الله الإنسان عليها.

1- قوله سبحانه وتعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}[الإسراء: 70].

2-قوله سبحانه وتعالى: {وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[البقرة:195]. حيث يستدل على الهلاك -وهو هنا ناجم من التبرع- مما ذكره كبار المختصين من الأطباء(2) -وهم أكثر الناس دراية بهذا المقام- بعضاً من المخاطر التي تترتب على ذلك وتؤدي إلى التهلكة.

---

(1) عبدالله مبروك النجار، مدى مشروعية إنشاء بنوك الجلود البشرية في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للندوة الفقهية الطبية الثامنة المنعقدة في دولة الكويت في الفترة من 12 – 14 مايو 1995، ص15.

(2) محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص49.

أ- المريض: وهو من نضحي لإنقاذه، وهذا أمر موهوم، فبعد إجراء عملية نقل العضو المتبرع به إليه يصبح مجبرا على تناول أدوية تقلل المناعة الطبيعية لدى المريض (كالسيكلوسبورن – والأميوران – والكورتيزون) إذ لا يمكنه الاستغناء عنها طيلة حياته لمقاومة طرد الجسم العضو الغريب الذي ثم زرعه فيه، وبسبب ضعف المناعة، تزول قدرته على مقاومة الأمراض المختلفة التي تحتاج إلى المناعة الطبيعية للجسم للتغلب عليها وتنظم هذه الجرعة عن طريق الأطباء فتزداد كلما زادت أعداد طرد الجسم للعضو المزروع.

كما تسبب هذه الأدوية الكثيرة من الأضرار، ومنها تلف أنسجة الكلى مثلاً، وعلى المدى غير البعيد تسبب فشلا كلويا للكلية السليمة إضافة للتأثيرات الضارة على الجهاز العصبي، والهضمي، والغدد الليمفاوية، والجهاز العظمى، فيحتاج المريض إلى متابعة طبية طوال حياته وخاصة السنوات الخمس الأولى بعد زرع العضو.

ب- المتبرع: نتيجة انتزاع العضو منه -ولو كان مزدوجاً- أن يهتز جسده ويعالج بأدوية مستمرة نتيجة التغير الجديد في جسده مثل المنقول إليه تماماً لمعاونة جهاز المناعة الذي ضعف بسبب هذا النزع، ويتحول هذا الشخص -المتبرع- في وضعه الجديد إلى درجة من درجات المرض، ويعامل برفق لأنه صاحب عجز بدرجة معينة، ولم يعد يتساوى مع الإنسان الصحيح.

3-وقوله سبحانه وتعالى: {وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ}[النساء:119]. فمن الواضح أن في عملية نقل وزراعة الأعضاء تغيير وتبديل لخلق الله فيدخل في إطار فعل الشيطان الموسوس بفعل ذلك وهو المنهي عن إتباعه.

4- -وفي قول المولى عز وجل: { أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَى بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ}[البقرة:61]، فإذا كان الله سبحانه وتعالى قد عير بني إسرائيل في هذه الآية على اختيارهم الأدنى وتركهم الأكمل والأنفع، مع أن اختيارهم وقع بين أمرين مباحين، فكيف إذا اختار المتبرع الأدنى وهو الأضرار بنفسه دون سند أو مسوغ شرعي، وفضل النقص على الكمال!

5- قوله تعالى: {ثُمَّ لَتُسْأَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ}[التكاثر:8]. ذكر القرطبي(1): "أن ابن مسعود فسر النعيم بأنه الأمن والصحة، وقال الإمام علي بن أبي طالب ﵁ النعيم هو: العافية فكيف يجيب المتبرع بجسده العابث بأعضائه، عندما يسأل عن شكره لنعمة الله، وهي أول ما يحاسب عليه يوم القيامة".

(1) شمس الدين ابن عبد الله بن أحمد بن أبي بكر ابن فرح الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الغد العربي، ج20، ص176.

6-وفي قول المولى عز وجل: {وَمَنْ يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ}[البقرة:211] ذهب الكثير من المفسرين إلى أن المقصود بنعمة الله جل شأنه في الآية الكريمة ما أعطاه الله سبحانه للإنسان من أسباب الصحة والكفاية والاطمئنان، ويقول الرازي في تفسيره: "فلا شك أنه عند حصول هذه الأسباب يكون الشكر أوجب فكان الكفر أقبح بدليل قوله تعالى: { فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ} ألا يعد تصرف الإنسان في جسده تبرعاً لغيره تبديلاً لنعمة الله سبحانه عليه بالصحة، ويؤثر على كفايته واطمئنانه، وبدلاً من شكره يجحد ويكفر بنعمته فاستحق فاعل ذلك العقاب الشديد(1).

ثانياً: من السنة النبوية المطهرة: كما استدل أصحاب هذا الرأي على تأكيد رأيهم بالسنة الشريفة في قول سيد الخلق أجمعين صلوات من الله وسلامه عليه.

- فقد روى عن أسماء بنت أبي بكر الصديق ﷺ قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن لي ابنة عريسا أصابتها حصبة فتمرق شعرها أفاصله؟ فقال: لعن الله الواصلة والمستوصلة"(2).

([1]) فخر الدين محمد عمر الرازي، التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، ج6، ص524.

([2]) حديث رقم 2122، صحيح مسلم ج 3 ص 1676.

وروى عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "كسر عظيم الميت ككسر عظيم الحي في الإثم"(1). كما روى أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"(2).

ووجه الدلالة في الأحاديث الشريفة السابقة حرمة انتفاع الإنسان بأعضاء وأجزاء إنسان آخر(3)، فحرم انتفاع المرأة بشعر غيرها، وحرم كسر عظم الميت أو الحي والانتفاع بجزء منه، وحتى لو أراد الإنسان التبرع لأخر عن طريق قطع عضو منه والتبرع له به، فإن هذا الأمر فيه ضرر محقق له وبالتالي فهو عمل منهي عنه.

ثالثاً: القواعد الفقهية: واستدل أصحاب هذا الرأي كذلك ببعض القواعد الفقهية(4) منها قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" وقاعدة "الضرر لا يزال بمثله". وقصدو من ذلك أن إزالة الضرر المنقول إليه، يلحق الضرر بالمنقول منه، وهذا أمر غير جائز شرعاً.

---

(1)حديث رقم 1617، سنن ابن ماجه ج 1 ص 516.

(2) حديث رقم 2345، المستدرك على الصحيحين ج2، ص66.

(3) عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزرع الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دراسة مقارنة، دار المنار، ص134.

(4) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق د. عبد الستار أبو غدة، دار العرب، 1403هـ، ص141.

رابعاً: الاستدلال ببعض الأدلة العقلية(1):

1-أن الإنسان في حياته لا يستطيع الاستغناء عن أي عضو من أعضاء جسده باعتبار أن الله – جل جلاله – جعل لكل عضو وظيفة، ونزع أي عضو منها يؤثر بالضعف ضمناً على الجسد كله حيث إنها تتكامل في مجموعها وبتكاملها تتكامل أيضاً وظائف الجسد.

2-جسد الإنسان وأعضاؤه ليست ملكا خالصا له، لأن للشرع فيها حقا والإنسان منتفع بها فحسب ومكلف بالمحافظة عليها وعدم إلحاق الضرر بها، وقال الشاطبي في ذلك: (إذا أكمل الله على عبده حياته وجسمه وعقله التي بها يقيم التكاليف لا يصلح إسقاطه شيئاً منها)(2).

3-أن صاحب الحق – أي المعطي – ما دام محتاجا إليه فهو أولى به من غيره.

4-أن نزع العضو كثير ما يؤدي إلى التهلكة، ولو بعد مرور وقت قل أو كثر.

5-العلاج موهوم النفع عند الأطباء ونزع العضو تهديد لحياة متيقنه، فلا يمكن تهديد حياة متيقنه بعلاج موهوم.

([1]) أحمد عبد الله محمد الكلدري، نقل وزراعة الأعضـــاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997، ص51.

([2])كمال الدين بكرو، مدى ما يملك الإنسـان من جسـمه، مجلة الفقه الإسـلامي، بيروت، السنة الخامسة 1993، ج1، ص211.

ومن مقاصد الشريعة الإسلامية والقواعد الكلية والقياس على النظائر. فإنه إذا تعارضت مصلحتان قدم أقواهما تحقيقاً لزيادة المنفعة، وإذا تعارضت مفسدتان أرتكب أخفهما تفادياً لأشدهما، ولاشك أن هذا (نقل العضو إلى المصاب) مصلحة للمصاب أولاً وجبرا لنقصه، ومصلحة الأمة ثانيا، وقد يقال أن مصلحة الحي الذي يراد نقل العضو منه أرجح لأنه متيقن صلاحه والانتفاع به إذا بقى في محله بشهادة الواقع ومشكوك أو مظنون في صلاحه والانتفاع به إذا نقل من الجسم الصحيح ونجاح زرعه في المصاب موقوف حسب الأسباب العادية على مهارة الطبيب في هذا الفن وملاءمة العضو لمن زرع له(1).

وذهب البعض في معرض تأييدهم للاتجاه الذي يحرم نقل وزراعة الأعضاء إلى أن للجسم مجموعة من الخلايا والأعضاء، فالأجهزة تقوم كل منها بوظيفتها، ويعتمد كل منها في ذلك على الآخر، فإذا أختلت وظيفة عضو أثر ذلك على أداء الأعضاء الأخرى لوظائفها بدرجات متفاوتة كما في تشبيه الرسول ﷺ للمؤمنين في حديثه الشريف حين قال ﷺ: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى"(2).

والخلل إذا لم يتوقف تداعى الضعف إلى الأعضاء عضوا بعد عضو حتى يحدث الموت.

([1]) أحمد عبدالله الكندري، نقل وزراعة الأعضاء، مرجع سابق، ص52.

([2])حديث رقم 2586، صحيح مسلم ج 4 ص 1999.

-ويقول الكاساني -مستعرضا الأشياء التي لا تخضع للتصرف-: "أو كانت تأتي طبيعة المحل التعامل فيه كالمال غير المتقوم، والذي لا يعد مالا عند أحد فلا ينعقد ببيع الحر لأنه ليس بمال"(1)، ويقوم كذلك: "أما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلاً؛ فهو قتل المسلم بغير حق، سواء كان الإكراه ناقصا أو تاماً، وكذا قطع عضو من أعضائه، ولو أذن له المكره عليه، فقال للمكره إفعل لا يباح له، لأن هذا مما لا يباح بالإباحة"(2).

-وعند المالكية جاء في بلغة السالك لأقرب المسالك "إن كسر عظام الميت انتهاك لحرمته"(3).

-أما الشافعية يقول الرملي: "ويحرم قطعة البعض من نفسه لغيره، كما يحرم أن يقطع من غيره لنفسه من معصوم"(4).

---

(1)الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص140.

(2) المرجع السابق، الجزء السابع، ص177.

(3) أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار الحلبي، ج1، ص424.

(4) الشيخ الرملي – نهاية المحتاج، الجزء الثامن ص163.

-أما الحنابلة فيقول ابن قدامة: "فإذا لم يجد المضطر شيئا لم يبح له أكل بعض أعضائه، وإن لم يجد إلا أدميا محقون الدم لم يبيح قتله إجماعاً، ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافر، لأنه مثله فلا يجوز أن يبقى نفسه بإتلافه، وهذا لا خلاف فيه، وإن وجد معصوماً ميتاً لم يبح أكله"(1).

-وللظاهرية يقول ابن حزم: "وكل ما حرم الله عز وجل حلال عند الضرورة حاشا لحوم بني أدم، فلا يحل من ذلك شيء أصلا لا بضرورة ولا بغيرها"(2).

-إذا إن جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم من أصحاب هذا الرأي يحرمون في نصوص واضحة التعامل مع جسد الإنسان أو أجزائه حيا أو ميتا سواء بالنسبة لعظامه أو لحمه، وأنه لا يدخل في الاستثناء الذي قرره الشرع للمضطر في المخمصة في تناول المحرمات للضرورة فلا يدخل في هذا الاستثناء لحم الآدمي فهو معصوم، وحرموا أن يكون الإنسان محلاً للتعاقد، وحرموا أيضاً التداوي بالمحرمات لخبثها ونهى الشارع عنها.

([1]) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج3، ص114.

([2]) محمد علي أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلي، دار التراث، ج5، ص134.

-2-أدلة المجيزين لنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

قبل أن نستعرض لأدلة وبراهين أصحاب هذا الرأي من أباحوا نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ينبغي أن نعلم أن هؤلاء -أصحاب هذا الرأي- لم يتفقوا في كل نقاط هذا الموضوع ، بحيث يمكن القول بإباحتهم مطلقا لكل عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء أو جواز نقل أي عضو من جسد الإنسان، فالإباحة لازالت نسبية ومحددة عند الكثيرين منهم، لذا سنبين أولاً نقاط الاتفاق التي أجمعوا عليها؛ حتى يكون محل الاستدلال على المسائل التي تفاوت الرأي فيها عندهم.

فقد اتفق عليه أصحاب هذا الرأي: على عدم جواز نقل الخصية أو أنبوب التبويض لدى الأنثى؟ لأنهما يحويان العناصر والصفات الوراثية، ويحويان قطعا ماء المنقول منه وبويضة الأنثى، بما يؤدي إلى خلط الأنساب الذي حرمه الشرع مطلقا.

كما اتفق هؤلاء على عدم جواز نقل الأعضاء من الأحياء، التي تؤدي إلى موتهم بمجرد نزع هذه الأعضاء المفردة منهم – كالقلب، والكبد - لأن في ذلك قتل وهلاك للمعطي.

وكذلك اتفق الجميع من أباحوا نقل الأعضاء على الامتناع عن العوض أو المقابل المادي في أي صورة من أشكال المعاوضة...، وأن يكون ذلك على سبيل التبرع المحض.

أما فيما اختلفوا فيه: فقد ذهب اتجاه إلى جواز نقل الجلد فقط من حي لحي، ومن ميت لحي. واتجاه ثان: أجاز نقل الكلى فقط من الأحياء والأموات إلى الأحياء. واتجاه ثالث: إلى جواز النقل من الميت المسلم فقط دون الحي. واتجاه رابع: أجاز مطلقا النقل دون قيد بين الأحياء، ومن الميت إلى الحي وأخيراً ذهب اتجاه إلى نقل الدم عند تحاشى الأضرار بالمتبرع(1).

ولعل هذا التباين في حدود ومدى التعامل مع أعضاء الإنسان للتداوي، مرده إلى الاضطراب والخوف من الأقدام على اختلات حكم يخالف الشرع، فيظهر التضييق عند من زاد عنده الخوف من الاجتراء على الثوابت الشرعية والتوسع عند من لم يكترث بذلك!؟.

أما عن أدلة أصحاب الاتجاه القائل بجواز نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء: نجد أن هذا القول صدرت به العديد من القرارات والتوصيات والفتاوى للمعاصرين الذين فهموا النصوص على نحو معين(2).

(1) محمد عوضـين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص37. وانظر: مصـطفى الـذهبي، نقل الأعضـاء بين الطب والدين، دار الحديث القاهرة، ط1، 1993، ص51.

(2) فتوى مجمع الفقه الإسـلامي العالي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الرابع المنعقد في مدينة جـدة (18-23 جمادي الآخر 1408هـ - الموافق 1988/11/6م)، القرار رقم (1) د. 88/8/4 بعد أن شرح الصور المختلفة لزرع الأعضاء.

أولاً: من القرآن الكريم: قول المولى عز وجل: {مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا}[المائدة:32].

وقوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ}[البقرة:185].

وقوله عز وجل: {يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا}[النساء:28].

وقوله سبحانه وتعالى: {مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ}[المائدة:6].

وقوله تعالى: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[البقرة:173].

وقوله تعالى: {فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}[المائدة:3].

هذا وقد استدل أصحاب هذا الرأي من هذه الآيات:

1-ان أحياء النفس يكون بحفظها من هلاك أشرفت عليه، سواء بنهي قاتلها عن قتلها أو أنقاذها من سائر أسباب الهلاك ومنها المرض الميئوس من شفائه إلا بنقل عضو مما يحفظ لها الحياة.

2-أن مقصود الشارع هو التيسير على العباد لا التعسير عليهم، ورفع الحرج عنهم وفي أجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد ورحمة بالمصابين والمنكوبين وتخفيف للألم، وهو موافق لمقصود الشارع بخلاف تحريم النقل، ففيه حرج ومشقة، الأمر الذي يتنافي مع مادلت عليه هذه النصوص الشرعية(1).

3-إن الآيات الكريمة أصل لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"(2) وأن من الضرورة إنقاذ حياة المريض بأخذ عضوا أو أكثر من أعضاء الميت لزرعها في المريض، لأن هذا هو الطريق الوحيد لإنقاذه(3).

4-أن التبرع بالأعضاء نوع من إيثار الغير على النفس، بل أنه ذورة الإيثار الذي امتدحه الله في القرآن الكريم فالإسلام يحض على أن يؤثر الشخص أخاه المسلم على نفسه، وأن يبذل الكثير من أجل الغير(4).

---

(1) أحمد محمد العمر، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة التحريم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997، ص76.

(2)عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، ط1، 1408هـ/ 1988م ص257.

(3) يوسف قاسم، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص327.

(4) عبد الرحمن النجار، مشروعية نقل الكلى وموقف الإسلام منها، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1978، ص103.

ثانياً: من السنة النبوية المطهرة: ما روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال: "قيل لرسول الله ﷺ أي الأديان أحب إلى الله؟ قال: الحنيفية السمحة"(1).

وقوله ﷺ: "إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة"(2)، وقوله ﷺ: "يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا"(3) وقوله صلوات الله وسلامه عليه: "كل معروف صدقة"(4).

-وقد استدلوا من هذه الأحاديث: أنها أكدت المعنى العام الذي حثت عليه الآيات الكريمة السابقة في الأخذ بكل ما فيه يسر وترك كل ما فيه عسر، مالم يكن ثمة دليل معارض وأن نقل الأعضاء لزرعها، تحقيقاً لمصلحة راجحة تجد مكانا واسعا في أفراد العام الذي دلت عليه

---

(1) حديث رقم 2107، مسند الإمام أحمد بن حنبل ج 1 ص 236.

(2) حديث رقم 39، صحيح البخاري ج 1 ص 23.

(3) حديث رقم 69، صحيح البخاري ج 1 ص 38.

(4) حديث رقم 5675، صحيح البخاري ج 5 ص 2241

تلك النصوص الشرعية والأحاديث الشريفة(1). إن الإسلام لم يقصر الصدقة على المال بل جعل كل معروف صدقة وأن التبرع بعضو لنفع الغير يدخل في الصدقة بل هو من أعلى أنواع الصدقة وأفضلها، لأن البدن أفضل من المال(2).

ثالثاً: من القواعد الفقهية: قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"(3): ونجد هذه القاعدة أصلها في قوله سبحانه وتعالى: {إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ}[الأنعام:119]، والضرورة هي خوف الهلاك على النفس أو المال(4) أو هي بلوغ المضطر جداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب على الهلاك، وهذا يبيح تناول المحرم(5) أو هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع وارتكاب المحظور فهي تلجئ الإنسان إلى ارتكاب المحرم.

([1]) كمال الدين يكرو، مدى ما يملك الإنســـان من جسمه، مرجع سابق، العدد 7 السنة الخامسة، 1993.

([2]) يوسف القرضاوي، رأي في موضوع زرع الأعضاء، مجلة الفكر الإسلامي العدد 12، السنة 18 يناير 1989، ص12-16.

([3])السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص93.

([4]) يوسف قاسم، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص80.

([5]) محمد نور الدين مكي، أدلة تحريم نقل الأعضاء الآدمية، طبعة 1995، ص99.

وتفيد هذه القاعدة أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة، وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق بالإكراه ومثل هذا الاضطرار بالمجاعة والإكراه، الاضطرار بالمرض الذي يؤدي إلى الهلاك أو تلف العضو، فالاضطرار هنا أولى وأشد والحاجة إليه ملحة وإذا كان الاضطرار بالمجاعة والإكراه يوجب تناول المحرم فالاضطرار بالمرض أولى بأن يوجب التداوي بأخذ العضو، أو يجيزه على الأقل(1) وقد أورد فقهاء الشريعة الإسلامية تطبيقات عديدة تستند إلى قواعد الترجيح بين المصالح والمفاسد أو قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، نذكر منها:

أ-جواز المداواة بالمحرمات: أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز المداواة بالمحرم في حالة الضرورة إبقاء للحياة والحفاظ عليها وحفظا للصحة ودفعا للضرر. فيجوز المداواة بحافر الميتة وعظامها(2) وسائر النجاسات صرفها ومخلوطها إلا الخمر فلا يجوز التداوي بصرفها ويجوز بمخلوطها. وقد أبيح المداواة بابوال الأبل ولبنها(3) (وإذا كان الفقهاء يعالجون الانتفاع بالمحرمات في باب الأطعمة على أساس أن استعمالها كغذاء هو الصورة المعتادة للانتفاع بها،

---

(1) أحمد محمد العمر، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص80.

(2) العز ابن عبد السلام، قواعد الحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ص95.

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الأول، طبعة 1323هـ - ص102.

فإن هذا لا يفيد أنه يمتنع الانتفاع بها على صورة أخرى. كالتداوي مثلاً، وأن الإباحة لا تشملها في حالات الاضطرار إليها للعلاج فالشارع حين أباح أكل المحرمات في حالات الاضطرار فإنه بذلك يكون قد أباح العلاج بها، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات)(1).

ب-جواز أكل ميتة الآدمي عند الاضطرار: -يذهب الحنفية(2) وجانب من المالكية إلى أن الضرورة لا تبرر انتفاع الإنسان بأجزاء أدمي غيره ولو كان ميتا، وحتى لو كان غير معصوم الدم كالمرتد.

-كذلك لا يجوز عند الظاهرية(3) الانتفاع بإجزاء الآدمي إلا اللبن وحده لوجود نص بإباحته.

-وفي الفقه الحنبلي(4) أنه لا يباح للمضطر قتل إنسان معصوم الدم ليأكله في حالة الاضطرار ولا إتلاف عضو منهى مسلماً كان أو غير مسلم، أما الإنسان الميت في إباحة الأكل منه في حالة الضرورة فقيه قولان:

أحدهما – لا يباح الأكل منه والآخر يباح لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت.

---

(1) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، 1978، ص119.

(2) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص215.

(3) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج5، ص133.

(4) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص74.

-أما الفقه الشافعي(1) والزيدي فقد أجاز أن يأكل المضطر لحم إنسان ميت بشروط، منها إلا يجد غيره كما أجاز للإنسان أن يقطع جزءا من نفسه كلحم من فخذه ليأكله استبقاء للكل بزوال البعض، كقطع العضو المتأكل الذي يخشى من بقائه على بقية البدن وهذا بشروط ألا يجد محرماً أخر، كالميتة مثلاً، وأن يكون الضرر الناشئ من قطع الجزء، أقل من الضرر الناشئ من تركه الأكل فإن كان مثله أو أكثر لم يجز قطع الجزء ولا يجوز للشخص أن يقطع عضوا من جسده ليقدمه للمضطر لأكله.

-وقياسا على ذلك أجاز أصحاب هذا الرأي نقل الأعضاء من الميت إلى الحي لأنها حالة ضرورة، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات(2).

-أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية شق بطن من ماتت حاملاً وجنينها حي، وشق بطن الميت لاستخراج ما يكون قد أبتلعه قبل وفاته.

([1]) النووي المجموع، شرح المهذب، ص45.

([2]) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص119.

-وبناء على ذلك انتهى أصحاب الرأي إلى جواز شق بطن الميت وأخذ عضو منه أو جزء من عضو لنقله إلى جسم إنسان حي أخر يغلب على ظن الطبيب استفادة هذا الأخير بالجزء المنقول إليه رعاية للمصلحة الراجحة إذ لا يخفى أن رعاية مصلحة الأحياء أولى من ترك الجزء المنتفع به يبلى في التراب(1).

قاعدة الضرر يزال: وأصل هذه القاعدة ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار"(2).

وعن هذه القاعدة يقول بعض الفقهاء: "وحيث أن الشريعة الإسلامية تحرص تمام الحرص على إزالة الضرر، وبما أنه لا يترتب على ارتكاب هذه الجرعة ضرر للغير، فأنه يتحتم على المضطر أن يرتكب ذلك الفعل المحرم أنفاذا لحياته ودفعا للضرر الذي قد يصيبه في نفسه أو في سلامة جسمه، يبد أنه يتعين أن يكون الضرر المراد تجنبه جسيماً فادحاً"(3).

---

(1) فتوى لجنة الأزهر، منشـــورة بمجلة الأزهر، المجلد (20) ص744. وانظر: محمود عوض سلامة، حكم نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، 1998، ص84.

(2) حديث رقم 2345، المستدرك على الصحيحين ج2، ص66.

(3) يوسف قاسم، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص112.

-قاعدة إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما ومقتضى هذه القاعدة أنه عند المفاضلة بين المفاسد المجتمعة في عمل واحد، فالواجب درء الجميع فإن تعذر ذلك درأنا الأفسد فالأفسد(1) فالواجب دفع أعظم المفسدتين(2) وتطبيقا لهذه القاعدة في مجال نقل وزراعة الأعضاء يقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو من الحي، وبين مفسدة هلاك الحي المنقول إليه العضو -المريض- أعظم من المفسدة الواقعة على الشخص المتبرع -الأم- فتقدم لأنها أعظم ضرراً وأشد خطراً.

-قاعدة: تغير الأحكام بتغير الأزمان: كان من بين الأسباب التي دعت الفقه التقليدي إلى رفض التبرع بالأعضاء خشية الهلاك الذي يصيب المعطي من الاستقطاع فضلاً عن الهدف الموهوم في زرعه في جسم أخر بلفظه وبطرده، ولكن مع تقدم الطب والجراحة، والنجاح الذي شهدته هذه العمليات، فقد زالت هذه الخشية وتحول الهدف من موهوم إلى مضمون أو على الأقل مضنون، فيجب أن يتغير الحكم، لأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان، ولأن حينما توجد المصلحة فتم شرع الله(3).

---

(1) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص79.

(2) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ج1، ص69.

(3) محمود السيد خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2001، ص32.

-ولما كان القول بإباحة التبرع بالأعضاء البشرية حسب رأي هذا الجانب من الفقه ما هو إلا استثناء من الأصل ومشروطاً بشروط وقيود كثيرة، فإن تنفيذ هذه العمليات المبنية على التبرع يجب أن يكون تحت أشراف مؤسسات رسمية مؤهلة علميا ودينيا وخلقياً ليمكن التحقق من جميع الشروط والمبررات، إذ لا ينبغي أن يترك هذا الأمر الخطير للمؤسسات الخاصة والأفراد خوفاً من التجاوز المعتمد أو التقصير(1).

([1]) محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط3، 2000، ص165.

الفصل الثالث

الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء

إن وجود عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية واقع لا يمكن تجاهله وأمراً لا يمكن إنكاره، فلكل مريض الحق في سلامة جسمه والحق في الحياة والتمتع بكل ما يتفرع عنها من فوائد، وما عمليات نقل وزرع الأعضاء إلا وسيلة من وسائل حماية الحق في الحياة وفي سلامة الجسم.

ولعلنا فيما تقدم تطرقنا لبعض الدول التي سارع المشرعون فيها إلى تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء والذين سهلوا بدورهم على الباحث في هذا المجال التعرف على الشروط والضوابط التي تحكم نقل العضو من شخص حي وزراعته في أخر مريض، إلا أن المسألة تدق عندما يترك المشرع الأمر مبهماً دون وضع تشريع خاص يساعد على معرفة هذه الشروط، أو عندما يضع تقنياً غير كامل لايفي بالمطلوب.

ولعل هذا ما دفع بالإحساس المتعاظم لدى رجال الفقه والقانون والباحثين في اخلاقيات العلوم الاحيائية بخطورة مثل هذا النوع من العمليات، وما تمثله من إنتهاك للسلامة الجسمانية للمعطى إلى القيام بتسليط الأضواء على الشروط والضوابط القانونية التي لابد من توافرها لكي تكتمل لهذه الممارسة إطار مشروعيتها، مع محاولة الوقوف دائما على الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه القيود والضوابط في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسم والذي يعد إنحساره -نطاق الحماية- نتيجة طبيعية لإباحة عمليات التنازل عن الأعضاء وإستقطاعها دون وجود مسوغ طبي يدعوا لذلك، ودائماً بطبيعة الحال في جانب المانح -المعطي-.

ولعل أبرز هذه الضوابط والقيود القانونية التي يرى فيها رجال الفقه وأخلاقيات العلوم الاحيائية ضمانة من شأنها توفير الحد الأدنى من الحماية للمعطى من ناحية ووسيلة تضمن عدم إنحراف عمليات نقل وزرع الأعضاء عن مسارها الصحيح والوقوف على حدود ينبغي الوقوف عندها وشروطاً لابد من توافرها من ناحية أخرى.

ومما تقدم سنعمل على تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول الشروط الطبية لهذه العمليات، ومن ثم مبحث ثاني نتناول فيه الشروط والضوابط القانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، واخيراً نعرض لقواعد النظام العام والأداب العام وأثرها في هذه العمليات في المبحث الثالث.

المبحث الأول الشروط الطبية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

هناك مجموعة من الشروط الطبية الواجب توافرها لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، وسوف نبين فيما يلي بعض من هذه الشروط في ضوء الشريعة الإسلامية، وكذلك في ضوء القانون الوضعي.

-1-الشروط الطبية في ضوء الشريعة الإسلامية

يؤسس الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إباحة الأعمال الطبية التي يقارفها الأطباء على أجسام مرضاهم على سند من إذن الشارع أولاً، وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد فهموا إذن الشارع على نحو موسع، فإذن الشارع بمباشرة العمال الطبية يتولاه الحاكم بالترخيص لبعض الأفراد دون غيرهم ممن تتوافر فيهم الكفاءة على مباشرة هذه الأعمال، وقد أعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الأساس وما يتفرغ عنه من شروط موجباً لمباشرة الأعمال الطبية وإرتفاع المسؤلية الجنائية عن المباشر لها.

وقد جمع ابن القيم الجوزية هذه الشروط فقال: "أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه إتفاقاً إذا أذن له المريض بعلاجه وأعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده إذا تولد من فعله المأذون به من جهة الشرع ومن جهة من يطلبه تلف سواء بالنفس أو بعضو أو ذهاب صفه"(1).

ومع إذن الشرع لإنتاج هذه الإباحة يتطلب شرط ثان، وهو إذن المريض بإتيان الأعمال الطبية على جسده.

أولاً: إذن الشرع: إعتد فقهاء الشريعة الإسلامية بإذن الشرع كشرط من الشروط الطبية بإباحة الأعمال التي يباشرها الأطباء على المرضى، فإذن المشرع الإسلامي هو الذي يسوغ لهم مباشرة هذه الأعمال، وإذا كان الشرع لا يأذن بممارسة الأعمال الطبية إلا لمن يحترف هذه الأعمال، فإنه كذلك يشترط أن تتجه الأعمال الطبيه لتحقيق قصد الشفاء للمريض وفقاً للأصول المرعية في علوم الطب، وإنطلاقاً من هذا الفهم لإذن الشرع كشرط لمباشرة الأعمال الطبية، نجد أنه يتفرغ عنه شروط ثلاث وهي كالتالي:(2)

---

(1) ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، القاهرة، 1381هـــ، ج3، ص146.

(2) عصـــام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في ســـلامة الجســـم، المجلد القاني، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ط2، 1988، ص970 . وانظر: أحمد شـــرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص46.

1-أن يكون المعالج طبيباً: حيث أشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الشخص الذي يجيز له الشرع ممارسة الأعمال الطبية أن يكون طبيباً، فعن رسول الله ﷺ أنه قال: "من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن"(1).

والمستفاد من هذا الحدث أنه للقول بارتفاع المسؤلية الجنائية والمدنية عن أعمال الطبيب التي يباشرها على مرضاه يشترط أن يكون عالماً بعلوم الطب، فإذا لم يكن كذلك توافرت في حقه أركان المسؤلية الجنائية، فالقاعدة الشرعية تقضي بأن من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذا العمل(2).

ولا يكفي الحصول على المؤهل العلمي فيمن يشخص المرض أو يقوم بالجراحة أو يصف الدواء -كما في سائر العلوم- بل يشترط الإجازة من المختصين في هذه العلوم وأن يكون حاذقاً في مهنته وذو بصيرة ومعرفة، وأن يكون قد مارس مهنة الطب فأصاب.

---

(1) 4586، سنن أبي داود ج 4 ص 195.

(2) ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، مرجع سباق، ج3، ص145.

وفي عهد الخليفة المقتدر (319هـ) كانت مزاولة الأعمال الطبية موقوفة على إجازة كبير الأطباء، فقد أمر الخليفة طبيبه سنان بن ثابت -الذي كان يقوم على إدارة المستشفيات في بغداد- بأن يعقد امتحان لمن يباشر مهنة الطب، ومن يوفق في هذا الامتحان يعطي شهادة تخول له ممارسة فنون الطب، وإذا لم يوفق يمنع بأمر الخليفة في ممارسة هذه الفنون(1).

2-تحقيق قصد الشفاء: يشترط لإجازة الشرع للأعمال الطبية التي يباشرها من تتوافر فيه صفة الطبيب أن يتجه بعمله نحو تحقيق الشفاء لمريضه، فإن خرج بفعله عن تواخي تحقيق هذه الغاية إرتد فعله إلى نطاق عدم المشروعية.

فأساس إباحة الأفعال الطبية تكمن في توافر شروط الأباحة لعمل الطبيب، فإن إنتفى إحداها فإن فعل الطبيب في هذه الحالة يعد مؤثماً، ويتوافر قصد الشفاء لدى الطبيب إذا توخى من عمله الطبي مصلحة مشروعه لمريضه تؤدي على المحافظة على صحته بتخفيف آلام يشعر بها أو تلخيصه منها نهائياً أو بالكشف على داء بجسده ووقايته من أخطاره، ونجد أن هذه الغاية هي التي أجاز من أجلها الشارع الإسلامي للطبيب ممارسته للأعمال الطبية(2).

([1]) عبد العزيز المراغي، مسئولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، ص210.

([2]) أحمد محمد إبراهيم، مسؤلية الأطباء، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، ص6.

أما إذا قام الطبيب بإجهاض إمرأة ولم تكن هناك ضرورة شرعية تبيح له إتيان هذا الاجهاض، فلا يمكن أن يحتج بأنه قد مارس هذا العمل الطبي بغية تحقيق شفاء للمرأة. فلقد أنعقد أجماع الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد الشهر الرابع للحمل، وأعتبروه من قتل النفس؛ لأن الروح تنفخ فيه من هذا التاريخ(1).

هذا وقد أعتبرت مباديء الشريعة الإسلامية جراحات التجميل من الأعمال الطبية التي يتوافر فيها تحقيق قصد الشفاء لدى المريض، وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى الذي عرفه المحدثون إلا أنهم عرفوا بعضه ونصوا على حكمة.

كما أعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الختان من الأعمال الطبية التي تحقق مصلحة مشروعة للمريض، ويؤثم الطبيب على فعلة كأن يقطع لشخص عضو من أعضائه تهرباً من الخروج للجهاد في سبيل الله، أو قام بتجربة على حسم مريض قصد من ورائها إجراء اكتشاف علمي دون قصد العلاج(2).

3-إتباع الأصول الطبية: يجب أن تتسق الأعمال الطبية التي يأتيها الطبيب والقواعد التي يتبعها أهل الصنعه في مهنة الطب.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوق على الشرح الكبير ، القاهرة، 1343هـــ، ج2، ص267.

(2) الطب النبوي، ابن القيم الجوزية، ص115.

وقد أجمل بعض الفقهاء توافر هذا الشرط في كون الطبيب حاذقاً بالطب، يعلمه من أهل العلم ويعطي المهنة حقها ويحتاط في علاجه.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب منع الطبيب الجاهل من مخالطة الناس؛ لأنه يضرهم سوء طبه مما يوجب معه الحجر عليه، فالحجر يضم ثلاثة: المفتي الماجن، والمتطبب الجاهل، والمكاري المفلس(1).

وقد رتب فقهاء الشريعة الإسلامية على ذلك، أن الطبيب الجاهل الذي لا يتقن أصول صنعة الطب إذا أوهم مريضة بعلمه فأذن له بعلاجه لما ظنه من معرفته فمات المريض أو اصابة تلف من جراء العلاج فيسأل عن فعله، ويلزم الطبيب في هذه الحالة بدية النفس أو بتعويض التلف على حسب الأحوال(2).

وإذا مارس الطبيب الأعمال الطبية على نحو يتسق وأصول الصناعة الطبية، فإن فعله يعد من المباح ولا تتوافر فيه المسؤلية الجنائية ولا يعاقب عن نتائجه، فإذا قارن الطبيب عملاً من الأعمال الطبية على جسم مريضة

([1])الكمال ابن همام، فتح القدير شرح الهداية، القاهرة، 1356هـ، المجلد السابع، ص310.

([2]) ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، مرجع سباق، ج3، ص145.

وفقاً للشروط المحدده شرعاً، فإنه لا يسأل عن الضرر الذي يصيب المريض ولو مات من جراء العلاج، ما دام المريض قد أذن بعلاجه ولم يقع من الطبيب خطأ في هذا العلاج(1).

وإذا كانت المسؤلية الجنائية ترتفع عن العمل الطبيب الذي يراعي فيه أصول الفن الطبي فإن التساؤل يثور عن حكم الأعمال التي يأتيها الطبيب على وجه الخطأ غير العمدي؟.

فقد استقر الفقه الإسلامي على إرتفاع المسؤلية الجنائية عن الطبيب إذا قارف عمل على نحو يتسم بالخطأ اليسير الذي يمكن أن يقع فيه طبيب آخر في مثل ظروفه، ولكنه يسأل عن الخطأ الفاحش الذي لا يجوز لمثل من هو في مكانته الولوج إليه ولا تقره أصول فن الطب.

وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم خطأ الطبيب رغم حذقه وإذن الشارع وإذن المريض، فنفوا عنه المسؤلية الجنائية فيما قل عن الثلث، أما إذا بلغ الضرر الثلث أو زاد، فالدية واجبة على عاقلة الطبيب

([1]) عبد القادر عودة، التشـــريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص 522.

أو في بيت مال المسلمين على سند أن خطأ الطبيب كخطأ القاضي والحاكم، والقاعدة "أن خطأ من نصبه ولي الأمر على شئون المسلمين أو لحسبة المسلمين، تجب الديه عنه في بيت مال المسلمين لكون هذا المال ضامناً لأخطائهم"(1).

ثانياً: إذن المريض: بشروط فقهاء الشريعة الإسلامية لإباحة الأفعال الطبية التي يباشرها الأطباء على المرضى بعد إذن الشارع وأن يأذن المريض بها، فالحق في سلامة الجسم هو مصلحة لصاحبه في التمتع بعناصر السلامة الجسدية التي يضمنها هذا الحق(2).

وإذا كان الحق في سلامة الجسم من الحقوق التي للعبد وفيها حق من حقوق الله سبحانه، فإنه للمساس بعناصر هذا الحق لابد من الحصول على إذن صاحبة بمقارفة الأفعال الماسة بعنصر من عناصر السلامة الجسدية، وفي تطلب الحصول على إرضاء المريض بمباشرة العمال الطبية على جسده إجازة لهذا المساس، كما أن العلاقة بين الطبيب ومريضه تحكمها علاقة ثابتة تقوم بتوافق إرادة طرفيها، فوجود هذه العلاقة رهن بتقابل إرادة الطبيب والمريض، وحصول الطبيب على رضاء المريض لعلاجه ينفي عنه عقوبة القصاص ويدرأ باقي الحدود ويستبعد العقاب(3)، وعلى ذلك يعد فعل الطبيب المأذون به من الشرع والمريض من الأعمال المباحة.

---

(1) ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، مرجع سابق ، ج3، ص146.

(2) ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقنع، مرجع سابق ، ج6، ص124.

(3) الإمام محمد بن حزم الظاهري، المحلى، ج10، ص444.

ويصدر الأذن من المريض البالغ العاقل والذي يتوجه للطبيب بإذنه لإتيان الأعمال الطبية على جسده على نحوه مستنير، يكون عالماً من خلاله بكل الأفعال التي سيقوم الطبيب بمباشرتها على جسده، وإذا كان المريض غير أهل لإصدار هذا الإذن، فيأذن فيه الولي أو الوصي، فإن لم يكن للمريض ولى أو وصى، صدر الإذن من الحاكم بإعتباره ولى من لا ولى له(1).

ونلاحظ في هذه الصورة أنه يصدر من الحاكم إذنين للطبيب:

الأول: يتضمن إجازة العمل الطبي الذي يسوغ الطبيب إتيان أفعال الطبيب.

الثاني: إذن الحاكم بإتيان العمل العلاجي على جسم المريض القاصر أو من لا ولى له.

ويثور التساؤل عن مدى إباحة الشريعة الاسلامية للأفعال التي يباشرها الأطباء وهم في حالة لا تسمح لهم باستئذان المريض؟. فقد يكون المريض مصاباً في حادث ولا يمكن الحصول على إذنه بالعلاج!

فقد استقر الفقه الإسلامي على إباحة الأعمال الطبية التي يباشرها الأطباء دون حصولهم على إذن المريض متى قامت الضرورة عليها واقتضيت مصلحة المريض مباشرة هذه الأعمال الطبية، وذلك تطبيقاً للقاعدة الشريعة التي "تبيح المحظورات لضرورة قائمة"(2).

---

(1) محمد أبو زهرة، مســـؤلية الأطباء، مجلة لواء الإسلام، السنة الثانية، ص57. وانظر: أحمد شرف الدين الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص57.

(2)ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق ، ج2، ص22.

وإذا قام الطبيب بالأعمال الطبية دون أن يأذن له المريض أو ولية، فإن الطبيب الحاذق يكون مسؤلاً عن الضرر الذي يمكن أن يحدث عن تدخله الطبي، وسند هذه المسئولية يقوم على أساس أن نتائج فعلة قد تولدت عن عمل غير مأذون فيه، ويكون الضمان فيه بالدية على عاقلة الطبيب، أو في بيت مال المسلمين؛ حتى لا يضيع دم مسلم هدراً(1).

وذهب البعض: إلى أنه لا مسئولية على الطبيب الحاذق عن أعماله حصل أو لم يحص على إذن المريض؛ ذلك لكون الطبيب في مباشرته للعمل الطبي على جسم مريضة يكون محسناً وما على المحسنين من سبيل، كما وأن وصف عمل الطبيب بأنه عدوان على جسم المريض أم لا مرده لعمل الطبيب، ولا أثر للإذن في تكييف هذا الفعل، وعلى ذلك فالقول بضمان الأفعال الناشئة عن عمل الطبيب مرجعة كون هذه الأفعال قد جاءت على نحو يتفق وأصول الصنعة أم لا؟.

وما دام كان الطبيب حاذقاً في عمله وأتى أعمال على أصول الصنعة أو بذل فيها غاية جهده، فلا ضمان عليه ولا على عاقلته وإن إنتفى رضاء المريض(2).

([1]) محمد أبو زهرة، مسـؤلية الأطباء، مرجع سـابق، ص57. وانظر: أحمد شـرف الدين الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص57

([2]) ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، مرجع سابق، ج3، ص145.

ويتبين مما تقدم الشروط الطبيه التي وضعتها قواعد ومباديء الشريعة الإسلامية لتبيح المساس بسلامة الجسم الإنساني إستعمالاً لحق مباشرة الأعمال الطبية، والذي يعترف به الشارع الإسلامي تحقيقاً لمصلحة راجحة تكمن في صيانة الكيان الإسلامي والمحافظة على صحة أعضاء الجماعة الإسلامية.

-2-الشروط الطبية في ضوء القانون الوضعي

إذا طالعنا القوانين التي أجازت نقل الأعضاء بين الأحياء نجد أنها إشترطت لنقل عضو من جسم الإنسان أو نقل جزء منه شرطا طبياً واحداً، هو حصول ضرر للمنقول منه نتيجة لهذا النقل(1).

وهذا الشرط من الشروط التي نجدها كثيراً في مختلف القوانين الخاصة بنقل الأعضاء البشرية، وهو شرط بديهي؛ لأن أي عمل طبي أساسه الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء، وتكتسب هذه الموازنة أهمية خاصة في نطاق عمليات نقل الأعضاء؛ نظراً لوجود شخص آخر وهو المعطى الذي لا يأمل في أي مصلحة من ورائها اللهم سوى تحقيق مصلحة أدبية فقط(2).

([1]) نص المادة (15) من قانون المســئولية الطبية الليبي رقم (17 لســنة 1986) (لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكون ذلك بموافقته الخطية وبعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حياً وكان ذلك وفقاً لأحكام القانون رقم (4) لسنة 1982 المشار إليه إن كان ميتاً. ويحظر إجراء التجارب العلمية على جســم الإنســان الحي إلا برضاه ولغرض تحقيق منفعة مرجوه له وبمعرفة أطباء مرخص لهم بأجرائها طبقاً للأمس العلمية المتعارف عليها).

([2]) Savatier les problemes juriques. Op-cit,612.

ومن ثم يجب ألا يضار بسببها، أي ألا يصاب بضرر بمساهمته في إنقاذ حياة المريض.

إلا أن هناك بعض القوانين التي لم تحدد الأعضاء المباح نقلها لا على سبيل الحصر ولا على سبيل المثال، الأمر الذي يثير التساؤل حول طبيعة العضو البشري الذي يجوز نقلة، أو بمعنى أدق يجوز إستئصالة من الواهب. وهل يعني هذا الإطلاق في النص إباحة نقل أي عضو سواء أكان مميتاً أو غير مميت؟، أم أن التشريعات حددت أعضاء بذاتها هي التي تكون محل إستقطاع؟.

يتجلى لنا أن التشريعات إختلفت في هذا الشأن، فمنها من أقتصر على تنظيم عمليات نقل أعضاء معينة مثل التشريع الكويتي رقم (7 لسنة 1983) والخاص بعمليات زراعة الكلى، والقانون المصري رقم (103 لسنة 1983) الخاص بنقل قرينات العيون، وهناك تشريعات قصرت الاستقطاع على الأعضاء المزدوجة والأنسجة التي يؤدي استئصالها إلى الحاق ضرر جسيم بالمعطى كالقانون الأرجنتين رقم (21541 لسنة 1977)(1).

([1]) فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص70.

وهناك من التشريعات الأخرى التي وردت بصيغة عامة ولم تحدد أعضاء بعينها لكي تكون محلاً للإستقطاع، وإنما أكتفت بالنص على ألا يكون من شأن إستقطاع العضو تعريض حياة الواهب للخطر أو إلحاق الضرر به ومنها القانون الفرنسي الصادر عام 1976.

مما تقدم نعرض لبعض الضوابط الطبية التي ينبغي مراعاتها عند إجراء عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء، والتي من بينها:

أولاً: من حيث الأعضاء محل عملية النقل والزرع: نتعرض لبعض المبادىء المستقرة التي ينبغي على الطبيب التقيد بها، والتي من بينها:

1- عدم إستئصال عضو تتوقف عليه حياة الإنسان أو تهديدها بخطر جسيم يؤثر على وظيفته الاحتماعية، كالقلب والدماغ وما شابه -ولو برضا الواهب-؛ لأن ذلك يعني موته الأكيد(1).

([1]) أحمد شـــرف الدين، الأحكام الشـــرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص143 . وانظر: أحمد شوقي أبو خطوه، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص68.

وفي هذه الحالة لا يعتد برضاء المعطى؛ لأن حق الإنسان في التصرف في جسمه ليس حقاً مطلقاً، فهو لا يملك التنازل عن حياته ولا حتى تعريضها للخطر أو انتقاص مقدرتها الوظيفية(1)، ومن ثم إذا قام الطبيب بإستئصال عضو حيوي من جسد المعطى كالقلب مثلاً لزرعه في جسد آخر فإن فعلة هذا يقع تحت طائلة المسئولية الجنائية العمدية فصلاً عن المسئولية المدنية(2)، ولا يحول دون ذلك القول برضاء المتنازل أو حالة الضرورة؛ وذلك لعدم توافر التعويل على هذا الرضاء من ناحية، وكذلك لعدم توافر شروط الضرورة من ناحية أخرى؛ لإنتفاء التعادل مع الضرر المزمع التضحية به.

وقد حرصت بعض التشريعات الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية على النص صراحة على هذا الضابط.

([1])رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية، العدد الأول، مارس 1971، المجلد (13) ص20.

([2]) A charaf El – Din, these, paris, Op-cit p.30

ومن هذه التشريعات القانون السوري رقم (31 لسنة 1972) الذي نصت المادة الثانية منه على: "أنه يجب ألا يقع النقل على عضو أساسي للحياة، حتى ولو كان ذلك بموافقة المتبرع"، وكذلك فعل المشرع الأردني عبر نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم (23 لسنة 1977): "أن لا يقع على عضو أساسي للحياة"، والمشرع العراقي بمقتضي نص المادة الأولى من القانون رقم (85 لعام 1986) الذي حرم إستئصال الأعضاء التي تقتضيها المحافظة على الحياة(1).

ويقصد بالعضو الأساسي للحياة الأعضاء التي لا يكون للإنسان حياه بدونها مثل القلب والكبد (2) والدماغ وما شابه، ويتوسع بعض شراح القانون في تفسير اصطلاح العضو الأساسي للحياة، ويرون أنه يجب ألا يقتصر على الأعضاء التي يؤدي إستئصالها إلى الحرمان من الحياة، بل أن يشمل أيضاً الأعضاء التي يؤدي نقلها إلى الحرمان من الوظيفة التي خلق لعضو من أجلها، حتى ولو كان هذا العضو من الأعضاء التي يباح نقلها أصلاً.

---

(1) أوصى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة، بتحريم نقل عضو (تتوقف عليه الحياه) القرار 4/1.

(2) صـــار من الممكن نقل جزء من الكبد من شخص إلى آخر، وتؤكد الدوائر الطبية إمكانية تعويض الكبـــد للجزء المســـتقطع منها خلال أســـابيع قليلة. (انظر: جريدة الهرام، العدد الصـــادر بتاريخ 1398/7/31، ص1).

2-ينبغي ألا تشكل عملية نقل العضو خطراً على حياة الواهب -المعطى-، ويظهر هذا الغرض في حالة التبرع بالأعضاء المزدوجة في الجسم، والتي يكفي وجود إحداها للقيام بالوظيفة المحددة للعضو مثل الكلية أو العين، فيجب في هذه الحالة أن يكون العضو المتبقي قادراً على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع، فإذا كان إستقطاع أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة بالرغم من وجود العضو الآخر في جسم المعطى فلا يباح الإستقطاع(1)، فإذا كان نقل إحدى الكليتين مثلاً لا يؤثر من حيث المبدأ على حياة المتبرع إلا أن حالته الصحيحة قد تكون ضعيفة بحيث تؤدي العملية في حد ذاتها إلى الوفاة، أو أن تكون الكلية الآخرى في حالة لا يمكن معها الإعتماد عليها للقيام بوظيفة الكلية الطبيعية على وجه مرض.

ومن ثم يؤدي النقل إلى تهديد المتبرع حالاً أو مستقبلاً، وبالتالي يحظر على الطبيب في هذه الحالة إجراء عملية النقل؛ لأنها تشكل خطراً على حياة المنقول منه -المعطى-، وهذا الخطر الذي يعتبر من قبيل الضرر المحظور حصوله.

---

(1) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص144.

3-بعض التشريعات تشدد في تحديد الأعضاء التي يصح أن تكون محلاً لعمليات نقل الأعضاء البشرية، إذ أنها لا تكتفي بتحريم هذه العمليات بالنسبة للأعضاء بالنسبة الأساسية للحياة أو الأعضاء التي من شأن إستئصالها التأثير في الوظيفة التشريحية التي خلق العضو من أجلها. بل تشترط أكثر من ذلك، ألا يترتب على نقل العضو تشوية ظاهر للجسم، أي ألا يكون عضو من الأعضاء التي يؤدي إستئصالها إلى تشويه جسم المنقول منه تشويهاً ظاهراً(1).

4-يجب أن يكون العضو المراد نقله سليماً، وإلا انتفت الحكمة من النقل، وسواء كان متجدداً كالدم والمنى، أو غير متجدد كالكلى والأصابع(2)، ويجب أن يثبت قبل إجراء عملية إستئصال العضو مدى صلاحية هذا العضو طبياً للمتلقى، وأن يثبت مدى تجانس العضو مع أنسجة جسمة، حتى لا يلفظه(3). وهذه المسألة بطبيعتها من المسائل الفنية التي تدخل في اختصاص الطبيب ولكن ينبغي على هذا الأخير مراعاتها بدقة وإلا أصبح مسؤولاً عن النتائج المترتبة على مخالفة ذلك.

---

(1) هذا ما نص عليه المشرع الأردني في المادة السابعة في القانون رقم 23 لعام 1977.

(2) عبـــد الوهـــاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، 1996، ص46.

(3) سامي عزيز، زرع الكبد، مجلد الدوحة، العدد 113 مايو 1985، ص60.

5-توفر المصلحة العلاجية، بمعنى أنه لا يجوز استقطاع أحد أعضاء الجسم دون أن يكون هناك شخص معين في حاجة لهذا العضو، وأن يكون من شاء نقل هذا العضو إليه تحقيق مصلحة علاجية له.

وغالباً ما تحرص التشريعات الخاصة بنقل الأعضاء على النص على هذا الشرط، فعلى سبيل المثال نص المشرع الكويتي في المادة الأولى من القانون رقم (7 لسنة 1983) الخاص بعمليات زراعة الكلى على أنه: "لا يجوز إجراء عمليات زراعة الكلى للمرضى إلا بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم". ويجيز التشريع البرازيلي عملية نقل الأعضاء بشرط وجود ضرورة علاجية قصوى للمريض، وينص التشريع الإسباني على أن العضو المستقطع يجب أن يخصص لنقله إلى شخص بعينه، أو يكون الغرض من ذلك إدخال تحسين جوهري من أجل إبقائه على قيد الحياة.

6-يضيف بعض فقهاء القانون إلى هذه الشروط شرطاً أخر مؤداة أن يكون نقل العضو هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض؛ فإذا لم يكن هناك من وسيلة علاجية عادية فإنه لا تثريب في إباحة نقل العضو إلى المريض. وبالتالي فإذا كان في مقدور الطبيب تفادى إجراء عملية زرع العضو بالعلاج التقليدي أو باستخدام الأجهزة التعويضية ولم يفعل فإنه يسأل عن النتائج المترتبة على فعله، والعبرة في النهاية بموقف الطبيب العادي(1).

مما تقدم يتضح جلياً أنه يشترط في الأعضاء التي يصح أن تكون محلاً لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ألا تكون من الأعضاء الأساسية للحياة، أو الأعضاء التي يترتب على إستئصالها الحرمان من الوظيفة التشريحية للعضو كلياً أو إضعافها أو التأثير فيها، وألا تكون من الأعضاء التي يؤدي إستئصالها إلى تشويه الجسم تشويهاً ظاهراً.

([1]) أحمد محمود سـعد، زرع الأعضـاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص83.

ويجب أن يكون العضو المراد نقله سليماً من الناحية الطبيه وصالحاً للزرع في جسم المريض، وأن يكون من شأن زرع العضو في جسم المريض تحقيق مصلحة علاجية له تبرر وتوازن الخطر الذي قد يتعرض له المعطى - وأخيراً - لا يجوز إجراء عملية نقل وزرع العضو إلا إذا كان ذلك هو الوسيلة الوحيدة الباقية لعلاج المريض.

ثانياً: من حيث الضرر الذي قد يصيب المعطى: لقد تبين لنا من بعض القوانين أنه لابد للمساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه التأكد من عدم حصول ضرر له(1).

إذ أن المشرع استخدم مصطلح الضرر مطلقاً وبدون تحديد لماهية أو نوعه أو درجة جسامته مما يعد عيباً على النص؛ لأنه إذا طبقنا قاعدة "المطلق يؤخذ على إطلاقه" وقاعدة "ما أطلقه القانون لا يقيده إنسان" لأدى ذلك إلى نتائج شاذة وخطيرة يأباها فيما نعتقد المشرع نفسه؛ إذ يصح استناداً على هذا النص مسائلة الطبيب عن أي ضرر يصيب المعطى من جراء إستئصال العضو من جسمه ولو كان ضرراً بسيطاً أو مألوفاً،

---

[1]) مثال ذلك المادة (15) من القانون رقم (7 لسنة 1986) من القانون الليبي.

علماً من المستحيل تحقيق تدخل جراحي ما دون أن يترتب عنه إلحاق ضرر ما بالمريض الخاضع للعملية الجراحية، وهذا أمر طبيعي ما دام هذا الضرر في حدود النتائج المحتملة للتدخل الجراحي. وما دام الطبييب قد تقيد في اجرائه للعملية الجراحية بالقواعد الفنية المتعارف عليها في عالم الطب(1).

وأيا ما كان الأمر فإن المشرع قد ربط مسألة الطبيب قانونياً بحصول ضرر للمنقول منه بسبب نقل العضو من جسمه، فما هو المقصود بالضرر مناط المسئولية الطبية؟.

من مباديء المسلم بها أن الضرر موضوع المسئولية يجب أن يكون محققاً أي وقع بالفعل أو إنه سيقع حتماً في المستقبل؛ لأن العفو الطبي وإن كان يتضمن أنه على المريض أن يسلم نفسه طواعية للطبيب، فيجب على الطبيب ألا يسبب ضرراً للمريض عن طريق الإهمال أو عدم الحذر في الظروف التي يجرى فيها التدخل الجراحي، ولا يقصد بالضرر المحقق الواجب توافره لتحقيق المسئولية في جانب الطبيب الضرر الحال، أي الذي وقع فعلاً فحسب، بل يشمل كذلك الضرر المستقبل. أي الذي لم يقع في الحال وإنما يكون محقق الوقوع في المستقبل.

---

(1) فرج صالح، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص77.

وهذا ما قررته المحكمة العليا الليبية في حكم جاء فيه "أن التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق الوقع في الحال أو في المستقبل، فإذا كان الضرر محتملاً غير محقق الوقع في المستقبل فإنه لا يصلح سنداً للتعويض"(1).

وقد استقرت أحكام القضاء على وجوب مؤاخذة الطبيب عندما ينجم عن نشاطه العلاجي ضرر محقق للمريض بحيث يكون مباشرة لممارسة هذا النشاط، ففي فرنسا ذهبت محكمة النقض إلى أن الطبيب الذي يخرج عن الأصول الفنية لمهنته بما توجيه الحيطة فإن الاضرار المباشرة الناجمة عن ذلك يسأل عنها. لاسيما عند نسيانه داخل الجرح بعض المواد الأجنبية في جسم المريض كقطعة من القطن أو أداة من أدوات الجراحة(2)، على أنه لا يشترط أن يكون الفعل المتسبب في الضرر المباشر حدث أو اتضح أثناء التدخل الجراحي، فالعبره بثبوت إهمال الطبيب حتى ولو نجم الضرر بعد التدخل الجراحي.

ولهذا فإن الطبيب الذي لم يفرض على المريض مراقبة طبيه مستمره وكان يعلم عند إجراء التدخل الجراحي إحتمال تطور المريض فإنه يكون قد قام بإهمال سمح بتطور المرض، وبالتالي تحقيق الضرر، ومن ثم يسأل الطبيب عن هذه المضاعفات.

---

(1) طعن مدني رقم 23/50 – جلسة، 1987/6/4، مجلة المحكمة العليا السنة الخامسة عشر العدد الثاني، ص 96.

(2) فرج الهريش، موقف القانون من التطبيقات، الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص79.

ويذهب الفقه إلى وجوب إخضاع الضرر الناجم عن النشاط الطبي للضرر عموماً كركن من أركان المسؤولية.

ومن ثم فإثبات وقوع الضرر ومداه أو إنتفاءه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا فيما تقرره محكمة الموضوع عن إصابة المجني عليه في أحد أعضاء جسمه، فتستقل به المحكمة، أما تكييف تلك الوقائع هل تكون ركن الضرر أم لا؟. وكونه محققا أو احتماليا، ماديا أم أدبيا؟ فكل ذلك من مسائل القانون التي يخضعها قضاء الموضوع لرقابة المحكمة العليا(1).

هذا فيما يتعلق بالشروط الطبية الواجب توافرها لإباحة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولكن هل تكفي الشروط الطبية وحدها للقول بذلك أم أن هناك شروط أخرى ينبغي توافرها إلى جانب الشروط الطبية؟.

الواقع أن الفقه اشترط إلى جانب توافر الشروط الطبية السالف ذكرها، ضرورة توافر شروط أخرى ذات طبيعة قانونية للقول بإمكانية إجراء هذا النوع من العمليات وهذا ما سنبحثه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

(1) الرأي السائد في الفقه والقضاء يذهب إلى أن الضرر الأدبي كالضرر الماضي كلاهما يوجب التعويض طالما كان محققا وماسا بحق مكتسب لمن يطلب التعويض. (انظر: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري، والمصري والفرنسي، دمشق 1966ص19).

المبحث الثاني الشروط القانونية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

من المسلم به والذي لا يساوره الشك أن عملية استقطاع عضو من أعضاء جسد المعطي وزرعه في جسد المريض عملية بالغة الخطورة والأهمية، لذا نجد أن الشرع عنى بها عناية كبيرة وبشكل يفوق غيرها من العمليات؛ لما تنطوي عليه من خطورة بالغة.

هذا فضلاً عن أنها تتم -عملية الاستقطاع- أكثر من مرة، فهي تتم أولاً باستقطاع العضو السليم من جسد المعطي، ومن ثم يستقطع العضو التالف من جسد المريض، ليكون بالإمكان بعد ذلك إجراء عملية الزرع في جسد المريض، إذن فعملية الاستقطاع هي العملية الغالبة والمتكررة أثناء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء. ناهيك عن كونه عقد -عقد استقطاع العضو- وأطرافه هما المعطي أو الواهب، والمتلقى أو المريض،

ويكون تدخل الطبيب الجراح فيه للتنفيذ فحسب(1). وهو يحتوي على كثير من الصور -عقد الاستقطاع-؛ إلا أن الصورة الغالبة في هذا العقد هي علاقة المعطي والمتلقى.

هذا وأن لعقد الاستقطاع بعض الخصائص والتي يمكن إجمالها في الآتي(2):

- يعد من العقود غير المسماه والتي تتسم بالتبرعية، ورغم أن المشرع لم يسميه إلا إنه اعتبره من العقود التبرعية التي لا يجوز أن يتخلله بدل ما، فهو ليس من عقود المعارضة.

-وهو عقد ملزم لجانب واحد: بحيث يلتزم فيه المعطي بأعطاء أحد أعضائه للمريض دون أن يكون لهذا الأخير التزام تجاه المعطي باستثناء نفقات عملية الاستئصال، هذا إن لم يتبرع بها المعطي.

---

(1) إلا أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطة المريض وتبصـــيره بمخاطر العملية الجراحية، وإلا كان مســـئولا عن كافة النتائج الضـــارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب خطأ في عمله، وكذلك بالنسبة للمعطي. (انظر: محمد حســـين منصـــور، المسئولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص42).

(2) هيثم حامد المصاوره، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص147.

-وإنه عقد محدد: إذ لا يجوز للشخص التنازل إلا عن عضو محدد من جسده، بحيث يكون معلوماً لدى الطبيب وجائزا للتبرع به، فلا يترك الأمر لمشيئة الطبيب في أن يستأصل أي عضو شاء.

-وهو عقد شكلي: فلا بد من توافر التنازل الخطي من المعطي والمتلقى وإلا كان باطلاً.

-وهو عقد عيني: إذ لا يتم ولا تكتمل أركانه إلا باستئصال العضو من جسد المعطي، فيكون حق الرجوع مكفولاً للمعطي حتى وقت استئصال العضو من جسده.

-أخيرا فهو عقد مركب: إذ ينجم من خلاله إجراء العديد من العقود كعقد الهبة وعقد العلاج الطبي وعقد الوكالة لتسليم العضو من قبل الطبيب بعد إجراء عملية الاستئصال، وعقد الوديعة عند إبداعه لدى مركز حفظ الأعضاء.

مما تقدم يجب على الطبيب الجراح في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الحصول على رضاء المعطي والمريض -المتلقي-؛ فرضاؤهما شرط أساسي لإباحة هذا النوع من العمليات وهو ما سنتناوله فيما يلي:

-1-رضاء المعطي

إذا كان الخلاف قد احتدم بين رجال القانون حول القيمة القانونية لرضاء المعطي، وحقيقة أثره في إباحة أفعال الاعتداء على سلامة الجسم، وإذا كان هذا الخلاف قد انعكس بدوره على كافة الآراء التي تناقش مدى مشروعية عمليات نقل الأعضاء؛ حيث اعتبر البعض برضاء المعطي سببا لإباحة هذه الممارسات، الأمر الذي لم يلق قبولا لدى البعض الأخر؛ لتناقضه والمبادئ التقليدية المستقرة في القانون الجنائي والتي تنفي عن الرضاء هذا الوصف خصوصا في المدرسة اللاتينية(1).

إلا أن الآراء جميعها تتفق على ضرورة توافر موافقة واعية نابعة عن رضاء حر ومستنير يعبر عنها المعطي بكامل إرادته وبشكل واضح وصريح ووفقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في تشريعات نقل وزراعة الأعضاء البشرية. ويرى غالبية القانونيين المؤيدين المؤيد لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء في توافر شرط الرضاء -بكافة عناصره- ضمانة تحقق التوازن بين توفير القدر اللازم من الحماية القانونية للمعطي، وبين الاستفادة من مزايا هذه الممارسة الطبية المستحدثة بوصفها واحدة من الطرق العلاجية الناجحة، فلا يجوز للطبيب أن يقدم دواء أو يقوم بإجراء عملية جراحية لأي شخص دون رضاه ماعدا حالات الإسعاف عندما يكون المصاب فاقدا لوعيه.

---

(1) مهند صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري، مرجع سابق، ص132.

ولذا لا بد من وجود رضاء المعطي قبل أن يستأصل الطبيب من جسمه عضوا ليزرع لشخص آخر، ومع هذا إن كان الاستئصال يؤدي إلى هلاك المعطي أو إحداث ضرر يؤدي لفقدان أو انتقاص المقدرة الوظيفية الاعتيادية، فإن رضاء المعطي لاقيمة له، ويسأل الطبيب جنائيا ومدنيا، فإن أدى عمله هذا إلى وفاة المعطي حوكم الطبيب بجريمة القتل العمد، وإن أدى إلى ما دون ذلك حوكم بجريمة إحداث عاهة مستديمة واعتداء على جسم إنسان، ولو كان ذلك الاعتداء برضى المعطي؛ لأن حق الإنسان في التصرف بجسمه ليس حقا مطلقا ولا يملك التنازل عن حياته ولا حتى تعريضها للخطر أو انتقاص مقدرتها الجنائية(1).

وسنتناول فيما يلي شكل الرضاء وخصائصه:

أولاً: شكل الرضاء: إذا كانت التشريعات القانونية قد أجمعت على أهمية رضاء المعطي وضرورته فقد استقرت أيضا على ضرورة أن يكون الرضاء الصادر من المعطي مكتوب، وتطلب الرضاء في شكل كتابي يوفر المزيد من الحماية للمعطي؛ نظرا لما تنطوي عليه عملية الاستئصال من خطورة بالنسبة له.

---

(1) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص8.

وتنص معظم القوانين الوضعية على أن يكون الرضاء مكتوبا؛ لأن هذا الشرط يبيح للمعطي أن يصدر رضاه بعد تفكير ورؤية بما يكفل حمايته من التعرض لأي ضغط أو إكراه(1)، وبعض هذه التشريعات تشترط في الكتابة صفات معينة تأكديا في الحرص على صحة الرضاء، وفي هذا السياق:

- اشترط القانون الفرنسي في المرسوم رقم 501 الصادر في 31 مارس 1978 أن يكون رضاء المعطي البالغ -في حالة استئصال عضو غير متجدد منه- أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو أمام قاضي يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يثبت هذا الرضاء في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي والمعطي، وتعطي صورة منه إلى المستشفى الذي سيتم به الاستئصال وتحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كتاب المحكمة(2).

- وتنص المادة الثالثة من القانون الكويتي رقم 7 لسنة 1983 والخاص بعمليات زرع الكلى للمرضى على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصى.

- وتنص المادة الثالثة من القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 والخاصة ببنك العيون على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين.

---

(1) محمد سـامي السـيد، الحماية الجنائية للحق في سـلامة الجسـم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،1986، ص669.

(2) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص71.

وجاءت المادة الخامسة عشر من قانون المسئولية الطبية الليبي، التي اشترطت للمساس بجسم الإنسان أو نقل عضوا أو جزء منه ضرورة الحصول على موافقته الخطية، أي الحصول على رضائه المكتوب، أي أن الموافقة الشفهية لا تكفي، ونجد أن المشرع الليبي لم يشترط للكتابة صورة معينة تفرغ فيها، فقد تكون مكتوبة بخط اليد أو مطبوعة، إلا أنه يجب في جيمع الحالات أن تكون الكتابة واضحة الدلالة في التعبير عن اتجاه إرادة المعطي نحو الموافقة على استئصال عضو من جسمه. ويلاحظ أن المشرع الليبي لم يشترط توافر شروط شكلية معينة في الموافقة، كأن تتم مثلا أمام جهة معينة، أو أن تكون في ورقة رسمية - كما أوضحنا في القانون الفرنسي - فكل ما اشترطه المشرع الليبي هو أن تكون الموافقة خطية(1).

وبناء عليه إذا توافرت موافقة المنقول منه -المعطي- الخطية على إجراء عملية النقل من جسمه، توافر الشرط القانوني اللازم لإجراء هذه العملية، وصار بوسع الطبيب الجراح القيام بها دون خوف من الوقوع تحت طائلة القانون.

---

(1) فرجج الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص85.

ثانياً: خصائص الرضاء: لكي يكون الرضاء صحيحاً ومرتباً لنتائجه القانونية يجب أن تتوافر فيه خصائص معينة وهي: أن يكون الرضا مستنيرا وحرا، مع التأكد من أهلية المعطي، وأن يكون بدون مقابل مادي.

1- الرضا المستنير: إذا كان للطبيب الحق في إخفاء بعض المعلومات عن المريض ما يبرره تحرى المصلحة العلاجية له وتحقيق شفائه، إلا أن الأمر لا نجد له صدى في حالة الشخص الذي يوافق على التنازل عن جزء من جسمه دون أن يعود عليه ذلك التصرف بأي فائدة أو مصلحة علاجية.

لذلك يسلم القانونين -على اختلاف مذاهبهم- بضرورة قيام الطبيب بإبلاغ المعطي بشكل واضح وصريح بكافة التفاصيل والمعلومات الفنية التي تحيط بعملية نقل العضو(1).

فمن ناحية أولى يجب إعلام المعطي بكافة المخاطر والآلام المصاحبة لإجراء العملية. ومن ناحية ثانية – وهو الأمر الأهم – فلا بد أن يعي المعطي تماما ما ستؤول إليه حالته الصحية بعد إجراء عملية انتزاع العضو المزمع نقله منه ومدى تأثير كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام وللعضو المتبقي على وجه الخصوص(2).

---

(1) خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص64.

(2) Malherbe, Medecine et Droit Moderne, Lyon, 1968, P .38.

وثمة رأي له من الوجاهة ما لا يمكن إنكاره، يقضى بضرورة أن يشمل تبصير المعطي -بالإضافة إلى ما تقدم - كافة المعلومات التي تحيط بعملية زراعة العضو من حيث الفوائد المحتملة التي سيجنيها المريض، ونسبة نجاح العملية، وما يكتنفها من مخاطر ذلك أن الهدف الرئيسي الذي يدفع شخصا ما للتنازل عن جزء من جسمه هو الرغبة في إنقاذ من تنازل له عن ذلك الجزء.

ومن ثم كان حقا على الطبيب بيان الفرص الحقيقة لنجاح عملية زراعة العضو، وبالتالي مدى إمكانية تحقيق ذلك الهدف وتلك الرغبة، ولا يرى أصحاب هذا الرأي وبحق أن في قيام الطبيب بالافصاح للمعطي عن كافة التفاصيل الخاصة بعملية الزرع وما يستتبعه ذلك من بيان الحالة الصحية للمتلقى ثمة خرق أو إفساد لسر المهنة؛ إذ أن المعطي في واقع الأمر يعد طرفا في عملية نقل وزراعة العضو وليس غريبا عنها(1).

وتبصير المعطي لا ينبغي أن يقف عند حد المخاطر الطبية، بل يجب أن يمتد ليشمل أيضا الجوانب الاقتصادية والاجتماعية التي تترتب على عملية الاستئصال، كعدم القدرة على أداء أعمال معينة، أو القيام بالتزامات معينة، أو عدم القدرة على القيام بها،

([1]) حســام الدين الأهواني، المشــاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضــاء، مرجع سابق، ص113.

وما إلى ذلك من مخاطر مختلفة، وبصفة عامة لابد أن تكون موافقة المنقول منه على عملية النقل قد صدرت بعد تبصيره تبصيرا كاملا وشاملا بالعملية الجراحية وجميع المخاطر المترتبة عليها الحالية منها والمستقبلية(1).

وقد اجتمعت التشريعات القانونية المقارنة على أهمية تبصير المعطي تبصيرا كاملا، وتطبيقا لذلك نصت المادة (23 من القانون التشيكي رقم 20 لعام 1966) على ضرورة إطلاع المعطي بطريقة مناسبة على الخطوات العلاجية للعملية بما يحقق له المصلحة، كما نص القانون الدانمركي رقم (246 لعام 1967) في المادة الأولى منه على وجوب إخبار المعطي بواسطة الطبيب عن طبيعة العملية الجراحية ونتائجها والمخاطر المرتبطة عليها، ويجب على الطبيب أن يتأكد بنفسه من أن المعطي قد أدرك جيدا فحوى المعلومات الممنوحة له(2).

وفي فرنسا، نص المشرع في المادة الرابعة من القانون رقم (67-1181) على وجوب إبلاغ المعطي بالنتائج المحتملة والمترتبة على قراره ..

([1])محمد أسامة عبد الله، المسئولية الجنائية الأطباء، مرجع سابق، ص531.

([2]) حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص77.

ثم جاء المرسوم رقم (501 لسنة 1978) ونص في مادته الأولى على أن الالتزام بتبصير الواهب يشمل جميع النتائج المحتملة للاستئصال سواء من الناحية التشريحية أو من الناحية النفسية، وكذلك المخاطر المحتملة لهذا الاستئصال سواء لحياته الشخصية أو الأسرية أو المهنية، كما يشمل أيضاً النتائج التي تترتب على عملية الزرع والمصلحة التي تعود على المريض منها.

ونظرا لأهمية رضاء المنقول منه وخطورته، وضرورة أن يكون قد صدر عن وعي وإدراك كاملين، وللتأكد من عدم وجود ضغوط تعيب إرادة المنقول منه ومن أن حالته العقلية والنفسية سليمة تماما عند تنازله عن عضو من أعضاء جسمه، تنص بعض التشريعات على ضرورة إخضاع المتنازل لفحص طبي شامل من الناحيتين النفسية والعقلية(1).

2- الرضاء الحر: لما كانت عمليات نقل الأعضاء لها من الخصوصية ما يجعلها تعد من الممارسات غير المألوفة؛ وذلك لما تنطوي عليه من مساس بسلامة وتكامل جسم المعطي السليم، كان لابد من توخي الحيطة والحذر في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية،

---

(1) Doll (P.J): La discipline des greffes des transplantations op – cit P.87.

والتأكد بما لا يدع مجالا للشك أن هذه الموافقة قد جاءت بعيدا عن أي مؤثرات وعوارض نفسية أياً ماكان كنهها.

فيشترط أن يكون رضاء المعطي حرا، أي صادرا عن شخص رشيد متمتع بقواه العقلية واع مدرك طبيعة الإجراء الصادر منه وللآثار المترتبة عليه. قادر على أن يكون رأياً صحيحاً عن موضوع الرضاء؛ وذلك لأن التبرع بعضو من الجسم هو تصرف قانوني ضار ضرراً محضاً، ومن ثم يجب أن يكون المتبرع بالغا وعاقلاً(1).

وبناء عليه لا يجوز استئصال عضو من الشخص الذي لا تتوافر لديه الملكات العقلية والذهنية؛ لأنه لا يستطيع أن يعبر عن إرادته، فلا يعتد برضاء المحبوس أو السجين أو أسرى الحرب؛ لأن السجن والأسر قيد دون شك على حريته. هذا وقد منع المؤتمر الدولي الثالث لحياد الطب والخاص بمشروعية نقل وزرع الأعضاء في زمن الحرب استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين أو الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية أو معادية لمصلحة رعايها أو الموالين لها، كما حظر استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري، أو خاضع في زمن الحرب، أو في حالة نزاع لسيطرة قوة أجنبية أو معادية(2).

([1]) عبد الوهاب عمر البطراوي، بحوث جنائية حديثة، مرجع سابق، ص54.

([2]) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص78.

3- أهلية المعطي: هذا ولا يكفي لصحة الرضاء أن يكون المعطي بالغا عاقلا، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون رضاءه قد صدر عن إرادة حرة متحررة من كافة الضغوط المادية والمعنوية فكل إكراه أو ضغط نفسي يخضع له المعطي من شأنه أن يعيب رضاءه فلا بد أن يكون الرضاء صادرا عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من العيوب التي تلحق بالإرادة ويجب أن يستمر هذا الرضاء، حتى لحظة الاستئصال.

ويقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء - أي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا - أي أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية(1).

وللتأكد من عدم وجود ضغوط تصيب إرادة المعطي، ومن أن حالته العملية والنفسية سليمة تماما عند تنازله عن جزء من جسمه، فإن البعض يقترح ضرورة إخضاع المعطي للفحص الطبي من الناحية النفسية والعقلية، وذلك لا يستهدف فقط التأكد من حرية إرادته المتبصرة وقت التنازل، وإنما لتبصيره أيضا بحرية العدول عن رضائه دون أدنى مسئولية ولو أدبية نحو المريض وأهله.

([1]) عبد المنعم فرج المصده، مبادئ القانون، دار النهضة، القاهرة، 1977 ص238.

والأهلية تتوافر للشخص عندما يبلغ سنا معينا، فيكون أهلاً لصدور التنازل عنه باعتباره تصرفا قانونياً(1). فيشترط في المعطي وهو يتبرع بأحد أعضاء جسمه للمريض أن يكون بالغا وعاقلا، بحيث يصبح قادرا على إدراك ماهية تصرفاته وفهم جميع النتائج والاحتمالات التي تترتب عليها، ويمكنه التمييز بجلاء واضح بين الأفعال النافعة والضارة واتخاذ القرار السليم بالنسبة له.

ولكن ماذا عن الشخص القاصر إذ ما أردنا أخذ عضو من جسمه هل يعتد برضائه أم يجب صدور الرضاء ممن ينوب عنه قانوناً(2)؟.

في هذا انقسم الفقه بشأن مدى إمكانية خضوع القاصر لعملية استقطاع عضو من جسمه إلى اتجاهين:

([1]) سـن البلوغ في القانون المدني الليبي والمصري، احدى وعشرون سنة. وفي القانون الفرنسي سن البلوغ هي الثامنة عشـر سـنة. هذا وقد نصت جميع التشريعات العربية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية على أن يكون المتبرع أو الموصى كامل الأهلية عند التبرع أو الايصاء. (انظر: المادة الثانية من المشروع العربي الموحد وذلك بالملحق رقم 9).

([2]) جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، القاهرة، ص102.

- الاتجاه الأول: القائل بعدم جواز النقل من القاصر مطلقا: فقد ذهب البعض من الفقه إلى أن المناداه بإباحة وتقنين عمليات نقل وزرع الأعضاء لا يجب أن يؤدي في نهاية المطاف إلى التوسيع من نطاق ممارسة هذه العمليات على نحو يقضى بإهدار كل قيمة لمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان. بحيث يصبح نقص التكامل الجسماني للقاصر ومن في حكمه منوطا بموافقة الولي أو الوصي، الأمر الذي ينطوي على إهدار لحق الشخص في سلامة جسده وحقه في اتخاذ قرار واعي في هذا الصدد(1).

ويضيف جانب أخر من الفقه أنه لا يجب أن يكون هناك استثناء في حظر انتهاك جسم الصغير ونقل جزء منه ولو كان ذلك لمصلحة أحد أخوته ويقصد علاجه، إذ أن كون المتلقى -المريض- أحد أخوة الصغير لا يبرر على الإطلاق قيام الممثل القانوني باعطاء الضوء الأخضر لانتزاع جزء من جسم المشمول برعايته وحمايته، حيث أن هذا التصرف من جانب الممثل القانوني ينطوي وبحق تناقص بين فإذا كانت الولاية والوصاية

(1) حســام الدين الأهواني، المشــاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضــاء، مرجع سابق، ص122.

قد فرضت من أجل حماية القاصر والحفاظ على مصلحة، فكيف يمكن إذن أن تكون تلك الولاية وهذه الوصاية هي ذاتها السبيل والوسيلة القانونية للإضرار به، وذلك عن طريق السماح للغير باستقطاع جزء من جسد الصغير دون أن يكون في ذلك ثمة مصلحة علاجية سوف تعود عليه(1).

كما جاء في نصوص قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية لدولة الإمارات رقم 15 لسنة 1994 قاطعة الدلالة في حظر نقل الأعضاء من القصر سواء أكان ذلك حال الحياة أو بعد الوفاة، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه: "يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصى بأخذ أعضاء جسمه، ويشترط في المتبرع أو الموصى أن يكون كامل الأهلية قانونا، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية".

إذاً يتضح مدى تعويل المشرع الإماراتي على شرط كمال الأهلية فيمن يتبرع أو يوصى بجزء من جسمه دون أن يرد أي استثناء على هذا الشرط يمكن من خلاله القول بجواز نقل الأعضاء من القصر ولو كان ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت، وأياً ما كان العضو المراد نقله(2).

([1]) Doll.op.cit, ladiscipline des greffes des Iransplansplantions .P.77.104.

([2]) جاســم علي سالم، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول والثاني، ص274.

الاتجاه الثاني: القائل يجوز النقل من القصر بشروط: يعد هذا الاتجاه هو الرأي الراجح لدى جانب كبير من الفقهاء(1)، ويجد له صدى في العديد من تشريعات نقل وزراعة الأعضاء، ويدافع أصحاب هذا الاتجاه عن موقفهم بما مفاده، أن الضوابط والشروط التي يضعونها لا تدع ثمة مجال للمخاوف والمخاطر المحتملة من هذه العمليات، إذ أن هذه الشروط تجعل نقل الأعضاء من الصغار ومن في حكمهم في حدود ضيقة للغاية وتحت رقابة القضاء والقانون.

والواقع أنه يمكن رد الشروط والضوابط الفقهية والتشريعية في هذا الصدد إلى نوعين رئيسين:

يتعلق الأول منهما بمن يجوز التبرع لمصلحته. وأما الثاني فيحدد الأجزاء التي يباح نقلها من الصغير.

---

(1) مهند صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري، مرجع سابق، ص137.

الشرط الأول: من يجوز التبرع لمصلحته: فمن حيث المريض المنقول إليه العضو المنتزع من المعطي -القاصر- يشترط أن يكون ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت دون غيرهما، وتبرير ذلك أن هذا الحصر فيمن يجوز أن يتبرع القاصر له يبقى عمليات نقل الأعضاء من الصغار في أضيق الحدود وتحيطها رقابة ولي الأمر -الأب والأم- مما يضمن دائما نزاهة ونبل الباعث ويبقى على كيان الأسرة، ويعضد الروابط بين أفرادها، ناهيك عن فرص النجاح الكبيرة التي تتمتع بها عملية زراعة العضو، وذلك للتقارب الجيني بين الأخوة وتماثل أنسجتهم(1).

هذا وقد أباحت بعض تشريعات نقل وزراعة الأعضاء تنازل القاصر عن جزء من جسمه للأخ أو الأخت طالما كان ذلك بموافقة الولي ورضاء الصغير، وفي كل الأحوال يعد رفض الصغير حائلا دون إجراء العملية.

الشرط الثاني: القيود الواردة على الأعضاء التي يتم نقلها من القصر ومن في حكمهم: فإنه يمكن القول أن التشريعات والتوصيات التي تحدد أجزاء وأعضاء بعينها يمكن نقلها من الصغير على سبيل الحصر تعد قليلة نسبيا، وهي أن يكون النقل من الصغير مقصورا على الأنسجة المتجددة فقط دون غيرها من الأعضاء أو الأجزاء التي متى انفصلت عن الجسم فإنه لا يمكن استبدالها أو تجددها تلقائياً.

([1]) أحمد محمود سعيد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1986، ص86. وانظر د. حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع السابق، ص125.

وقد جاء تشريع أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسي (29 يوليو 1994)، متضمنات حماية كبيرة وواسعة النطاق للقصر وناقصي الأهلية وعديمها وذلك على خلاف قانون نقل الأعضاء (1181) لسنة 1976، هذا وقد حظر قانون زراعة الأعضاء الجديدة (654) لسنة 1994 نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم كمبدأ عام أيا ما كانت صلة القرابة بين المعطي القاصر والمتلقى، والاستثناء الوحيد الذي أورده المشرع على هذا المبدأ يتمثل في إباحة نقل النخاع العظمى (Moelle Osseuse) من القاصر -(م671 - 5) من قانون الصحة العام- على أن يكون ذلك لمصلحة أحد إخوته وبعد موافقة كلا من الوالدين أو الممثل القانوني له وعلى أن يتم التعبير عن الموافقة أمام قاضي ويعد رفض الصغير في كل الأحوال حائلا دون إجراء العملية(1).

بالإضافة بالإضافة لى ما سبق فهناك ثمة قيد يورده بعض الفقهاء ويتعلق بالسن الذي يباح عنده نقل الأعضاء من القصر، فيرى البعض أن الاستثناء الخاص بإباحة تبرع الصغير بجزء من جسمه للأخ أو الأخت لا يجب إعمالة

(1) مهند. صلاح العزه، الحماية الجنائية للجسم البشري، مرجع سابق، ص139.

إلا إذا كان المنقول منه العضو يبلغ خمس عشرة سنة؛ وذلك قياسا على ما يتطلبه قانون الإجراءات الجنائية(1) في الدعاوي التي يلتزم لتحريكها تقديم شكوى من المجني عليه، إذ يشترط فيمن يتقدم بالشكوى ألا يقل سنة عن 15 سنة(2).

وقد نادت بعض الآراء الفقهية بضرورة تخفيف القيود الواردة على نقل الأعضاء من القصر أو البالغين عديمي الأهلية؛ وذلك للحد من وطأة النقص الشديد في مصادر وموارد الأعضاء الآدمية، مما يتيح الفرصة لإجراء المزيد من عمليات زراعة الأعضاء لطائفة كبيرة من المرضى، وبوجه خاص صغار السن منهم والذين لا بد وأن يتواءم حجم العضو المنقول لهم مع أجسامهم الصغيرة، الأمر الذي لا يتأتى إلا إذا كان المعطي مناظراً لهم من حيث السن(3).

---

(1) المادة 5 من قانون الإجراءات الجنائية.

(2) حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص125.

(3) Hernan. L.Fuenzalida, Puelm'a, Organ Transplantation the latin American Legislative Response, Booethics, Issues and perspectives, op.cit.p.72.

4- الرضاء بدون مقابل: تقوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على أساس فلسفي وأخلاقي قوامه التضحية والإيثار والتراحم والحب، وتعبيرا عن معاني التضامن الإنساني في أروع صورة، وليس هناك أنبل من أن يتنازل شخص طائعا مختارا عن جزء من جسده لإنقاذ حياة أخ له في الإنسانية، وجسم الإنسان هو أغلى وأثمن ما يملكه، بيد أن هذه القيمة الإنسانية النبيلة لا يمكن لها أن تحتفظ بقيمتها الحقيقية إلا إذا خرجت عن إطار المعاملات المالية(1)، ومن ثم يجب أن يكون تنازل المعطي عن عضو من أعضائه بغير مقابل؛ لأن جسم الإنسان وأعضاءه لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات التجارية والمالية، فالقيم الإنسانية تسمو على المال.

كما أنه يتعارض والكرامة الإنسانية أن يعلق المعطي رضاءه في هذا الشأن على قبض الثمن وأن يتخذ جسده كوسيلة لتحقيق منافع مالية، وعملا بذلك أجمعت سائر التشريعات الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية على مبدأ أن يكون رضاء المعطي وتنازله عن عضو من جسده لزرعه في جسد الغير على سبيل التبرع بدون مقابل.

([1]) أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطلب الحديث، مرجع سابق، ص82.

فالمادة الرابعة من القانون اللبناني رقم (109- لعام 1983) تنص على أن يكون اعطاء الأنسجة والأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة وتنص المادة الرابعة من القانون الأردني رقم (23 – لعام 1977) على أنه لا يجوز أن يتم التبرع بمقابل أو بقصد الربح وتقضي المادة الثانية من القانون العراقي رقم (85 لعام 1986) على أن التنازل عن الأعضاء لا يتم إلا بالوصية أو التبرع(1). وكذلك ينص القانون الفرنسي رقم 1181 لعام 1976 في مادته الثالثة على ضرورة أن يكون التنازل عن أعضاء الجسم بدون مقابل مالي وتنص المادة الأولى من القانون الإيطالي رقم 458 الصادر في يونيو 1967 على وجوب أن يكون تنازل المعطي عن كليته مجانا. كما تفرض المادة السابعة من نفس القانون الإيطالي عقوبة الحبس والغرامة على كل شخص يقوم بالوساطة بهدف الحصول على ربح أو مقابل نقدي في المسائل الخاصة بالتبرع بالكلية(2). كما أكد القانون المصري رقم 103 لسنة 1965 والخاص ببنك العيون على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل.

([1]) عبد الوهاب عمر البطراوي، بحوث جنائية حديثة، هامش، ص54.

([2]) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطلب الحديث، مرجع السابق، ص86.

أما المشرع الليبي في نطاق القانون رقم (17 لسنة 1986) بشأن المسؤولية الطبية لم يفصح عن موقفه في هذه المسألة، وجاءت نصوص القانون المذكور خالية من أية إشارة في هذا الموضوع، رغم ذلك إذا نظرنا إلى التشريعات المقارنة، وما يقوم عليه القانون المذكور من أسس فكرية وفلسفية - فنجد أنه لابد لهذا القانون من أن يذهب إلى ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة في انعدام المقابل المادي -مهما كانت الظروف-؛ لأن السماح بالحصول على مقابل نقدي يجرد الفعل من كل قيمة معنوية له، والتي كانت بدورها أساسا لتبرير الخروج على مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان(1).

([1]) أحمد شـــرف الدين، الأحكام الشـــرعية للأعمال الطبية، مرجع ســـابق، ص200. وانظر: عبد الوهاب البطراوي، بحوث جنائية، ص45.

ورغم ذلك هناك اتجاه مغاير يرى جواز بيع الأعضاء البشرية(1) على سبيل التبرع أو بمقابل، وحجتهم أن كل ما يمكن الانتفاع به يجوز بيعه متى كان من الأعضاء المزدوجة أو متجددة الخلايا، ويقترح أصحاب هذا الاتجاه تنظيم عقد حقيقي بين المعطي والمريض يحدد بمقتضاه كل من الطرفين مصاريف إجراء العملية الجراحية والأعمال العلاجية الأخرى التي تقتضيها في حالة حدوث مضاعفات، ومبلغ التعويض الذي يستحق للمعطي في حالة وفاة هذا الأخير أو الحاق أي ضرر به. كما يذهبون إلى ضرورة تدخل المشرع لتقدير ثمن الأعضاء المتنازل عنها(2).

ومن المعلوم أن التنازل عن جزء من الجسم للغير بدون مقابل لا يتعارض مع تعويض المتنازل عما أصابه من أضرار، كمصاريف العملية الجراحية والإقامة بالمستشفى، وما لحقه من خسائر نتيجة تعطله عن ممارسة نشاطه المهني أثناء رضوخه لعملية الاستئصال والتي تتطلب إقامته في المستشفى لمدة طويلة يفقد خلالها مورد رزقه ومصادر دخله، ولا يشترط في التعويض أن يكون في صورة مالية،

([1]) للتوســـع في هذا الاتجاه، انظر: حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء مرجع سابق، ص141. انظر: عبد الوهاب البطراوي، بحوث جنائية حديثة، المرجع السابق، ص41.

([2]) حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص145.

وإنما قد يتخذ صورة بعض المزايا الاجتماعية التي تمنح للمعطي تقديراً لشجاعته وشهامته، مثل منحه شهادة تقدير أو وسام، كما يمكن إبرام وثيقة تأمين لصالحه أو لصالح أسرته، ولكن في جميع الأحوال ينبغي أن يكون تقديم هذه المزايا للمتنازل على سبيل التشجيع والتقدير وليس على سبيل المعاوضة(1).

-2-رضاء المريض

من المستقر عليه فقها وقانونا وقضاء، أنه لا يجوز إجبار مريض على العلاج أو أي عمل من شأنه إلحاق مساس بتكامله الجسدي إلا في حالات استثنائية، كحالات الضرورة، أو حالات تقتضيها ضرورة المحافظة على الصحة العامة، كالتطعيم الإجباري أو العلاج الإجباري، كما هو الحال في الأمراض المتفشية كالسل والكوليرا على سبيل المثال.

---

(1) المرجع السابق، ص132.

ومن المبادئ المستقرة في القانون الطبي أن للمريض الحق في الموافقة على العلاج الذي يقرره الطبيب، ويعتبر اتفاق المريض مع الطبيب قبولا منه لما قد يتخذه هذا الأخير من طرق علاج عادية أو غير تقليدية مالم يعترض المريض على أي وسيلة من هذه الوسائل، وفي أي مرحلة من مراحل العلاج، وقد استقر الرأي على ضرورة توافر رضاء المريض الحر أثناء العلاج على كل عمل طبي أو جراحي على درجة معينة من الخطورة، وفي غير حالات الضرورة(1).

مما تقدم فإننا سوف نعرض للالتزام بتبصير المريض كشروط للحصول على رضائه، ومن ثم نعرض لأهلية المريض:

أولاً: الالتزام بتبصير المريض كشرط للحصول على رضائه: إن القاعدة العامة في مجال الأعمال الطبية هي حرية المريض في قبول أو رفض العلاج، وما يجرى له من عمليات جراحية في حال تبريرها قانونا هو استثناء على هذا الأصل، فاحترام حرية المريض في اختبار عملية زرع عضو له أو رفضها يعد تأكيدا وتجسيدا لمبدأ احترام إرادته، فلا يستطيع الجراح القيام بهذه العملية بغير رضاء المريض الحر من أي ضغوطات

(1) منصـــور مصـــطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة الكويت: السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981، ص18.

سواء من طبيبة أو من العائلة، وذلك أن هذه العملية تنطوي على مخاطر يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة المريض الحرة وليس لإرادة الوالدين أو الزوج أو الأقارب(1).

وطبقا للقواعد العامة، فإن الطبيب يستطيع أن يتجاوز عن الحصول على رضاء المريض إذا كان هذا الأخير في حالة لا تمكنه من التعبير عن رضائه -كما في حالة فقدان الوعي- ولم يكن له من يمثله قانونا، ففي هذه الحالة ليس هناك ما يمنع من افتراض رضائه على أساس أنه لو كان في وعيه لدفعته غريزة حب البقاء والرغبة في التخلص من المرض إلى الرضاء بما قام به الطبيب من إجراء علاجي أو تدخل جراحي.

وكذلك يكون الحكم إذا توافرت حالة الضرورة، بأن كان هناك خطرا جسيما على وشك الوقوع يهدد حياة المريض أو صحته، ولم يكن من سبيل إلى دفعة بغير التدخل الجراحي السريع، ولم تكن الظروف تسمح بأخذ رضاء المريض أو رضاء من يمثله قانونا.

---

(1) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1986، ص27. انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص42.

ولا يتلزم الحصول على رضاء المريض إذا تبين للجراح أثناء إجراء عملية جراحية رضى بها المريض أو من يمثله قانونا، أن هناك مرضا خطيرا لم يكن متوقعا من قبل يستدعي علاجه تدخلا جراحياً سريعا، وأنه لابقاء لحياة المريض بدون هذه الجراحة(1) ومع ذلك يجب على الطبيب أن يحتاط، بأن يحصل على رضاء الممثل القانوني للمريض أو أقربائه، إذا سمحت له الظروف بذلك في وقت مناسب.

هذا وقد سبق وأن ذكرنا رأي الفقه في نظرية الضرورة بأنها لا تصلح كمبرر لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ لأن منطق هذه النظرية يؤدي إلى نتيجة هامة، وهي السماح للطبيب باستئصال جزء من جسم أي شخص سليم عنوة لإنقاذ حياة شخص في خطر. كما أنه ليس من المؤكد أن إنقاذ حياته يمكن أن يتم عن طريق نقل عضو له، فهناك الكثير من الصعوبات التي تقف حجر عثرة في سبيل إنجاح هذه العمليات،

---

(1) Penneau: La responsabilite medicale, ed, sitey, 1977, Paris, No, 57, P.69.

وانظر: المـــادة (61) من قانون العقوبات المصـــرية، والمادة (72) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (63) من قانون العقوبات الفرنسي.

والتي تتمثل في الحصول على الأعضاء البشرية التي تناسب تماما حالة المريض، وهناك من العقبات الفنية والطبية والتي تتمثل في ظاهرة رفض جسم الإنسان لبعض الأعضاء الخارجية التي تزرع فيه.

ومع ذلك فقد ذهب البعض(1) إلى الاستغناء عن رضاء المريض في حالة وجود المعطي وحالة كون حياة المريض معرضة للخطر الحقيقي الحال، وكون عملية الزرع تهدف إلى إنقاذ حياته، وهو في حالة نفسية وعضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية أو عدمها.

وثمة تساؤل يطرح نفسه هل صحيحا القول بأن مجرد دخول المريض في المستشفى يعد رضاء مقدما بكل أنواع العلاج أو التدخل الجراحي التي يراها الطبيب لازمة لحالته الصحية.

إن الجراح الذي يجرى عملية زرع عضو لمريض دون الحصول على رضائه أو رضاء من يمثله قانونا يسأل جنائيا؛ لأن المريض إنسان حي، له حق في سلامة جسمه فلا يجوز المساس به إلا برضائه.

([1]) رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، مرجع سابق، ص25.

ولكن رضاء المريض أو من يمثله قانونا لا يعني إعفاء الجراح من المسئولية الجنائية والمدنية التي تنشأ عن أخطائه المهنية؛ ذلك لأن مسؤولية الجراح عن خطئه في الحصول مقدما على رضاء المريض بإجراء عملية الزرع مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في إجراء عملية الزرع؛ إذ أن محل هذه المسؤولية الأخيرة سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي، أما عدم حصول الجراح على رضاء المريض يجعل إجراء هذه العملية عملا غير مشروع، ومن ثم يكون مسئولا عنها مسئولية عمدية.

غير أنه إذا ما تم الحصول على رضاء المريض وهو عالم بمدى المخاطر التي يعرض نفسه لها من جراء إجراء عملية خطيرة كعملية زرع عضو له وبدون أي تدليس أو احتيال، فإن هذا الرضاء يعفى الجراح من المسؤولية عن الأضرار والمخاطر الناجمة عن هذه العملية خاصة إذا كانت هذه المخاطر عادية ومتوقعة(1).

ومما لا يدعو للشك أن لرفض المريض أثره القانوني على تحديد مسؤولية الطبيب، إذ يعفى من المسؤولية إذا رفض المريض عملية الزرع، ولكن ماذا إذا كانت هذه العملية ضرورية وعلى درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة لحالة المريض الصحية؟.

([1]) المرجع السابق، ص24.

يجب على الطبيب في هذه الحالة إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من إجراء هذه العملية، وأن يعمل على تشجيعه على اتخاذ القرار دون أي ضغوط على إرادته في هذا الشأن. كما يفضل تدخل الوالدين أو الأقارب المقربين تدخلا موضوعيا لحمل المريض على اتخاذ قراره بالرفض أو القبول، فإذا اصر المريض على رفضه، فليس من سبيل أمام الطبيب للتخلص من المسؤولية إلا إثبات رفضه كتابة بإجراء هذه العملية رغم أهميتها الحيوية له(1).

والأصل أنه لا يشترط في مجال عمليات زرع الأعضاء شكلا خاصا في الرضا الصادر عن المريض، فقد يتم الإفصاح عنه بأي وسيلة تظهره، إلا أنه يفضل أن يكون رضاء المريض أو من يمثله قانونا ثابتا بالكتابة وأن يتم أمام شهود؛ لأن الرضاء ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكائنة في نفس المريض، ولا سبيل إلى كشف هذه الإرادة وإظهارها إلى الوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة ومؤيدة بتوقيعه(2).

([1]) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطلب الحديث، مرجع سابق، ص102.

([2]) عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الانجليزي والتقنين المدني السوداني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1974، ص54.

أما عبء الإثبات فقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أنه يقع على المريض عبء إثبات قيام الطبيب بإجراء العلاج دون رضائه، ويقع عبء اثبات رضى المريض بالعلاج على الطبيب، وسيتخلص هذا الرضاء من القرائن وظروف الحال(1).

ومن حيث مبدأ الالتزام بتبصير المريض هناك ثلاثة أراء في هذا الخصوص:

الرأي الأول: هناك اتجاه في الفقه ينادي بضرورة قيام الطبيب بتبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطر العلاج المقترح، وأن أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الذي يستوجب للمسؤولية(2) ويقع على عاتق الطبيب الالتزام بتبصير المريض بالحقيقة حتى يصدر رضاؤه عن بينه وتبصر وعلم كامل بحقيقة الأمور.

هذا بالإضافة إلى أن العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على أساس من الثقة والتعاون المتبادل، فالطبيب يقوم بعمل طبي يستهدف مصلحة المريض المطلقة،

([1]) أحمد أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص104. انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص178.

([2]) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1962، ص121.

كما أنه لا يقوم بهذه العملية إلا بناء على وجود ضرورة تسوغه، ومن خلال بذل أقصى الجهد وأكبر العناية اللازمة بالمريض ودون تجاوز الحدود المعروفة في الطب(1).

وإذا كان الطبيب والمريض طرفي العلاقة الطبية متساويان أمام القانون، إلا أنهما ليسا كذلك في الواقع العملي، فهناك خلل في المساواة الفعلية بينهما، حيث يقف المريض أمام الطبيب موقف الجاهل بأصول وقواعد الفن الطبي، إلا أن ذلك لا يبرر الاستغناء عن رضائه المتبصر والمستنير، فالمريض إنسان حر، كامل الأهلية وليس مجرد رضى يكون محلاً لعمل الطبيب.

الرأي الثاني: يذهب أنصار هذا الرأي -وأغلبهم من الأطباء- إلى عدم الالتزام بتبصير المريض حتى وإن كان على الطبيب أن ينبه المريض إلى المخاطر التي تعرض لها من جراء التدخل الجراحي،

(1) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، بيروت، ط1، 1984، ص431. انظر: عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطار المهنية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط1، 1987، ص102.

إلا أن هذا الالتزام ليس مطلقا؛ لأن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالمسائل الطبية والأساليب العلمية التي أدت إلى هذا التدخل، فهو لايستطيع تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يتعلق بصحته وحياته، هذا فضلا عن أن مصلحة المريض نفسه توجب على الطبيب عدم إعلامه بكل المخاطر التي يتعرض لها والتي شأنها أن تهبط بحالته النفسية وأن تؤثر على روحه المعنوية(1).

فيجب على الطبيب أن يدخل الثقة في نفس المريض وأن يحافظ على حالته المعنوية ليساعده على مقاومة المرض، كما يجب على المريض أن يضع كل ثقته في طبيبه، لأنه وحده يملك اتخاذ القرار الطبي أو الجراحي، وهو وحده يستطيع أن يفرض العلاج الذي يراه مناسبا لحالة مريضه(2).

الرأي الثالث والأخير: يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه في حدود معينة، طالما أن ذلك في مصلحة المريض، وبشرط عدم استعمال الوسائل التدليسية.

([1]) إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة الكويت السنة الخامسة، العدد الثالث، يونيو 1981، ص31.

([2]) مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، ب.ت. ص30.

وكقاعدة عامة "لايقبل من الطبيب الكذب الذي يهدف إلى تضليل المريض وحملة على قبول تدخل جراحي لا تستدعيه حالته"، وهناك من فرق بين الكذب المتشائم وهو الذي ينطوي على إخفاء العلامات والنتائج الحسنة عن المريض، وهذا النوع غير مسموح به. وهناك الكذب المتفائل: وهو إخفاء حقيقة المرض وعواقبه الوخيمة عن المريض طالما أن ذكر الحقيقة لن يكون له إلا أثرا سلبيا على حالته النفسية ولن يفيد في علاجه، وهذا النوع مسموح به؛ لأنه يؤدي إلى تحسين حالة المريض الصحية(1).

وليس للطبيب أن يخفى عن المريض المخاطر المتوقعة من التدخل الجراحى، أما المخاطر غير المتوقعة والبعيدة فمسموح للطبيب بإخفائها طالما أن ذكر هذه المخاطر لن يكون له أثراً سلبياً على حالة المريض النفسية.

وتبصير المريض يعني أن يعى تماماً طبيعة العلاج المقترح -فوائده وأخطاره- حتى يستطيع أن يقرر بقبول أو رفض عملية الزرع، وأنه لا سبيل لإنقاذ حياته إلا بهذه الوسيلة، ويجب أخطاره بأنه إذا لم تتم السيطرة على ظاهرة لفظ الجسم للعضو الجديد فإن هناك إمكانية إجراء عملية زرع أخرى إذا ما فشلت الأولى؛ لأن الطبيب في هذه العمليات يتحمل جزء من المسؤولية؛ فهو يشارك الطبيب الجراح في اتخاذ القرار.

---

(1) مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، مرجع سابق، ص60.

كما يجب على الطبيب الجراح أن يخطر المريض بالتضحيات والمخاطر التي سيتحملها -المعطي- من جراء استئصال جزء من جسمه، والفوائد التي ستعود عليه من جراء عملية الزرع؛ حتى يستطيع أن يقرر بعد هذه المقارنة، وحتى لا يشعر بالذنب تجاه المعطي بأنه هو السبب في حرمانه من جزء من جسمه، فالكشف عن شخصية المعطي قد يمكن المريض من تقديم المساعدة له، وتقوية أو أصر الصداقة بينهما ما يكون له أكيد الأثر على حالته النفسية(1).

فالخلاصة: أن الجراح لا يستطيع أن يفرض على المريض إجراء العملية دون رضائه حتى وإن كان محقا تماما بأن حالة المريض الصحية تتطلب التدخل الجراحى؛ لأن عمليات زرع الأعضاء تتكلف نفقات باهضة بحيث يستحيل على المريض -غير القادر- تحمل مصاريفها.

ثانياً: أهلية المريض: لا يكون الرضا صحيحا إلا إذا صدر من شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها، هذه المشاركة تفترض أهلية قانونية كاملة، ومتى كان المريض بالغا راشدا متمتعا بكامل قواه العقلية، فإن رضاءه لعملية الزرع لا تثير أية مشكلة، أما إذا كان عديم الأهلية، فإن موافقته على هذه العملية لا تنتج أثرها، وعدم الأهلية نوعان:

---

(1) أحمد شـــوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص117. انظر: مجدي حســـن خليل، مدى فعالية رضـــاء المريض في العقد الطبي، دار النهضـــة العربية، القاهرة، 2000، ص60.

1-عدم الأهلية القانوني: ويرجع لأسباب محدودة قانونا، وتقضي القواعد القانونية أنه إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي، فإنه يكفي أن يصدر الرضاء من ممثله القانوني، سواء كان عديم الأهلية قاصرا أو خاضعا لحماية القانون(1).

فإذا كان المريض قاصرا -أي يقل عمره عن سن الثمانية عشرة سنة- فعلى الطبيب الجراح الحصول على رضاء ممن له سلطة قانونية عليه –الوالدين-.

أما إذا كان القاصر مأذونا له بإدارة أمواله، فيصبح سيدا على جسمه، ومن ثم يستطيع وحده اتخاذ القرار الذي يتعلق بصحته.

وبالنسبة للطفل الشرعي يكتفي الطبيب بالحصول على موافقة الأب أو الأم، أما إذا كانت العملية على درجة كبيرة من الخطورة، مثل عمليات زرع الأعضاء، فيجب هنا الحصول على رضاء الوالدين معا، وفي حالة خلافهما أو الانفصال، فإن حق الموافقة على إجراء العملية يكون لمن له حق حضانة الطفل.

أما إذا كان الطفل غير شرعي فإن من يعترف به هو من له حق الموافقة، أما بالنسبة للأطفال اليتامى الذين ترعاهم الدولة فيصدر القرار المتعلق بصحتهم من المسؤول عنهم تحت رقابة مفتشي المساعدة العامة(2).

([1]) رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط2، 1976، ص221.

([2]) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص123.

وإذا كان المريض مصابا بحالة جنون مطبق، فإن الرضاء المعتد به هو الذي يصدر من ممثله القانوني، أما إذا كان الجنون تتخلله فترات إفاقه، فيجب أخذ رضائه في وقت إفاقته، أي وقت تمتعه بكامل قواه العقلية.

وفي الشريعة الإسلامية: فإن الولي على النفس هو الذي يملك الرضاء بإجراء التدخل الجراحي أو العلاجي للصغير(1)؛ ذلك لأن الصغير مخلوق ضعيف يحتاج إلى من يحميه من نفسه، فيبعده عما يكون فيه ضرر يلحقه في جسمه أو في عضو من أعضائه، وتثبت الولاية على النفس للصغير والمجنون والمعتوه، وتنتهي الولاية على النفس للصغير ببلوغه الطبيعي، والبلوغ الطبيعي هو بلوغ النكاح، وهو كاف لإثبات البلوغ بالنسبة لهذه الولاية، وتنتهي الولاية على النفس للمجنون بالاستفاقة، وتستمر باستمرار الجنون، وإذا كان متقطعا فإنها تكون حيث يكون الجنون قائما وتزول إذا زال.

---

(1) أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإســـلامي، الولاية على النفس، دار الفكر العربي – القاهرة 1974، ص99.

والواقع أنه إذا كان المريض في حالة يستطيع فيها التعبير عن إرادته، وطالما أنه قادر على إدراك وفهم المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي، فلا يجوز أن يحل رضاء محل رضائه؛ لأن الرضاء بالعلاج الجراحى لا يعتبر تصرفاً قانونياً، بل هو مسلك إرادة له فاعليته القانونية، فسن الإدراك يختلف باختلاف الأشخاص، وهي مسألة موضوعية يقدرها الطبيب الجراح طبقاً لظروف الحال، فإذا تبين له أن القاصر قادر على إدراك المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي، وأنه أهل لفهم أهمية هذا التدخل فلا يجوز له أن يجرى هذا التدخل رغم إرادة المريض ولو أبدى ممثلة القانوني موافقته على ذلك، والعكس صحيح في هذه الحالة(1).

فالقاعدة إذاص هي "أن القرار بقبول عملية الزرع هو قرار شخصي يجب صدوره عن المريض نفسه عندما يتمتع بقدر كاف من الإدراك والفهم؛ لأن عملية الزرع تهم في المقام الأول شخص المريض القاصر".

([1]) حسين زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص314.

ولكن هذا لا يعني استبعاد تدخل ممثلة القانوني والحصول على موافقته، فعلى الممثل القانوني مساعدة القاصر على فهم خطورة عملية الزرع وتقدير أهميتها، لهذا يجب تكملة رضاء القاصر بقبول من ممثلة القانوني؛ إذ لا توجد صعوبة إذ كان هناك توافق وتطابق بين رأي القاصر وممثلة القانوني ولكن ماذا في حالة عدم الاتفاق بينهما؟ وماذا يفعل الطبيب الجراح؟.

يستطيع الجراح -كقاعدة عامة- أن يجرى العملية إذا رأها ضرورية لصحة القاصر -رغم معارضة ممثله القانوني- غير أن هذه القاعدة لا تعطي ضمانات كافية للجراح للحصول على نفقات ومصاريف العملية، خاصة إذا كان القاصر ليس له سلطة على أمواله، فيرى الفقه في هذه الحالة عرض الموضوع على سلطة قضائية -كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية-، حيث تأذن المحكمة للطبيب الجراح بإجراء عملية الزرع للقاصر رغم معارضة والدية؛ فاللجؤ للسلطة القضائية هو حماية للطبيب، وضمانه له للحصول على نفقات ومصاريف التدخل الطبي(1).

(1) مصـــطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، مرجع ســـابق، ص92. وانظر: مجدي حســـن خليل، الحماية القانونية لأتعاب الطبيب الحر، دار النهضـــة العربية، القاهرة، 2000، ص20.

2-عدم الأهلية الفعلي: وسببه وجود آفة في العقل دائمة أو مؤقتة، يترتب عليها عدم القدرة على الإدراك والإرادة، إذا لم يكن المريض صالحاً لإصدار الرضا المعتبر قانونا بسبب حالته الصحية، فمن الذي يملك الرضاء وينوب عنه في هذه الحالة؟.

لقد أوجب المشرع الفرنسي على الأطباء في الأحوال التي يكون فيها المريض عديم الأهلية ضرورة الحصول على إذن من سماهم بـ "الحماه الطبيعيين Protecteurs naturels"، وتحديد هؤلاء الحماة الطبيعيين يعتمد في الغالب على الظروف، وقد يقع الطبيب في حرج عندما يكون هناك تنافر بين أفراد العائلة الواحدة، وفي كل الأحوال فإن على رأس هؤلاء الحماة الطبيعيين الأزواج، فإن كان المريض أعزب فالأمر للأصول ثم الفروع وهذا التدرج قابل للتعديل؛ إذ أن هناك أشخاصا أكثر التصاقا بالمريض وأكثر رعاية ومودة ورحمة ممن هم ضمن درجات الهرم المكون للحماة الطبيعيين ويمكن أن يقدموا على الأباء والأخوة الأكثر قربا من الناحية القانونية، والأقل رحمة وشفقة من الناحية الواقعية.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد الشديد؛ إذ إن الحماة الطبيعيين مفهوم واسع جدا يدخل فيه الأزواج والسلف والخلف، وحتى ما يسمى بالعشيقة، فقد اعترف لها القضاء الفرنسي بالحق في التعويض عما أصابها من ضرر جراء موت عشيقها(1).

واخيراً ونحن بصدد أهلية المريض قد يسأل البعض حول إمكان الاعتداء بالرضاء الصادر من الزوجة بإجراء عملية زرع عضو لها بالرغم من معارضة الزوج؟.

يذهب الرأي الفقهي في هذا الشأن أن الزواج لا يعني تنازل الزوجة عن حقها في سلامة جسدها فتبقى هي صاحبة الرأي في مسألة المساس بجسمها ولا يحق للزوج إكراهها على قبول نوع ما من العلاج، أو منعها من علاج تراه هي لازما لحالتها، ويمكن أن يكون لرضاء الزوج قيمة في حالة ما إذا كانت الزوجة غير قادرة على التعبير عن إرادتها لوجود أحد العوارض القانونية أو الفعلية(2).

(1) علي حسين نجيده، التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص93.

(2) أحمد شـــوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، مرجع سابق، ص124. وانظر: أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص57.

المبحث الثالث عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والنظام العام والآداب العامة

الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يتصرف في سلامة جسمه، فسلامة الجسم من النظام العام، وحماية هذه السلامة أمر يقتضيه الصالح العام، ولكن هذا الأصل ليس مطلقا(1)؛ فما دام أن التصرف في سلامة الجسم لا يمس مصلحة المجتمع، فإنه يكون صحيحاً وغير مخالف للنظام العام وحسن الآداب العامة، طالما أنه يستهدف تحقيق مصلحة علاجية، وبناء على ذلك، فإن رضاء المعطي بالتنازل عن جزء من جسمه لزرعه في جسد المريض لا يعد مخالفا للنظام العام وحسن الآداب العامة ما دام أنه يستهدف تحقيق غرض علاجي هو شفاء المريض وإنقاذ حياته من خطر محدق بها.

إلا أن الآداب العامة تضع قيوداً على حرية الشخص في التصرف في جسدة، فالإطار العام لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية يتحدد بالمشروعية الأخلاقية والدينية والاجتماعية، فإن كان للفرد نفس المصلحة في ذلك تأسيسا على أن طبيعة النظام الاجتماعي العام تقتضي أن يقوم كل فرد في المجتمع بوظيفته الاجتماعية،

---

(1) محمود السيد الخيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2001، ص110.

وهذه الوظيفة تلقى على عاتق الفرد مجموعة من الالتزامات وبطبيعة الحال لا يستطيع الفرد أن يفي للمجتمع بالتزاماته قبله وأن يقوم بوظيفته الاجتماعية إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونه.

فهل من مبادئ النظام العام وحسن الآداب العامة أن يكون تنازل الشخص عن عضو من جسمه من أجل المقابل المادي؟، هذا ما لا يرتضيه أي شرع أو شريعة. وما تسنه الدولة من قوانين وتشريعات إلا لحماية أفرادها ولحماية حق الإنسان في حياته وسلامة جسده وفقا للنظام العام والناموس الأخلاقي.

فرضاء المريض وموافقة المعطي بالشروط المحدودة لإجراء هذه العمليات لا يعني أن إجراءها -العمليات الجراحية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية- قد أصبح مباحاً، ولكن يجب أن يسير إجراء هذه العمليات في إطار احترام قواعد النظام العام والآداب العامة.

فإذا تم رضاء المريض وموافقة المعطي، وكان لهذا الرضاء ولهذه الموافقة آثار تصطدم بالنظام العام والآداب العامة في المجتمع، فإن هذا الرضاء من الجانبين لا يعطي أي أثر ويفقد كل ما يترتب عليه(1).

([1]) أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص58.

فكما أن من حق الفرد أن يطلب السلامة لبدنه وأعضاء جسمه، فإن له كذلك أن يحدث بنفسه جروحا أو بترا لبعض هذه الأعضاء إذا تراء ذلك. غير أن حقوق الفرد على نفسه محدودة -على رغم ذلك- بحقوق الجماعة وبالصالح العام، بل إن مصلحة الجماعة قد تقتضي أحياناً بحرمان الفرد من بعض هذه الحقوق في بعض الأحوال، كما لو سعى بمباشرة حق من حقوقه نحو تحقيق غاية تتعارض مع هذه المصلحة مما يقتضي تدخل الشارع بالعقاب، مثال ذلك ما ينص عليه قانون الخدمة العسكرية عادة من عقاب كل من يتلف أحد أعضائه بقصد أن يجعل نفسه غير لائق لهذه الخدمة تخلصا من ذلك الواجب الذي تفرضه مصلحة الجماعة(1).

وعندما يكون الغرض من استئصال العضو من المعطي وزراعته في جسم المريض بهدف علاج هذا الأخير وإنقاذ حياته من الموت المحقق وليس هدفا آخر، فإن هذا الفعل لا يعد مخالفا للنظام العام، ولكن يتعارض مع النظام العام القيام بإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية لمجرد جمع المال - أي الكسب المادي غير المشروع-، وكذلك إجراء التجارب الطبية على الإنسان لا تستهدف علاجا،

(1) علي راشـــد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1974، ص506.

وإن كانت هذه التجارب ستفيد المجتمع بعد ذلك؛ لأن هناك إنسان سيكون ضحية لها، فهي تصطدم بالنظام العام طالما يوجد من البدائل الأخرى التي يمكن إجراؤها عليها كالحيوانات مثلاً(1).

ويجب ألا يترتب على هذه العمليات ضرر كبير بالمعطي يعوقه عن أداء واجباته الاجتماعية. فإن أي عملية تؤدي ضررا كبيرا بالمعطي وتعوقه عن أداء وظائفه الاجتماعية، مثل استمراره في أداء الوظيفة التي كان يمارسها قبل التبرع بالعضو تعتبر مخالفة للنظام العام، فنقل كلية من شخص والطبيب يعلم أن الكلية الأخرى لديه تالفة ولا يستطيع أن يعيش بها أكثر من سنوات محدودة، تعتبر مخالفة أيضا للنظام العام.

بالإضافة إلى ذلك فإن من الضروريات الأساسية في عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية ألا يترتب عليه اختلاط الأنساب بين المنقول منه العضو -المعطي- والمنقول إليه العضو -المريض- حتى وإن كان إجراء العملية بهدف علاجي للمريض، ولا يوجد أي ضرر ناتج من إجرائها لمن تبرع بالعضو -المعطي- ؛ لأن اختلاط الأنساب يصطدم بقواعد النظام العام وحسن الآداب العامة ذات الطابع الديني والأخلاقي؛ باعتبار أن الشرائع السماوية حددت الزواج بين الذكر والأنثى كطريق واحد للإنجاب الذي يضمن عدم اختلاط الإنسان،

(1) نص المادة الأولى من مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية، ملحق9.

ومن المعلوم أنه هناك أعضاء تناسلية بين الذكر والأنثى تستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه -المعطي- حتى بعد زرعها في المريض، وعليه يكون زرعها محرما تحريما مطلقا لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وتكون ثمرة الانجاب غير وليده من الزوجين المرتبطين بعقد الزواج، وذلك يصطدم ويخالف النظام العام والآداب العامة(1).

مما تقدم فإنه يثور تساؤل حول ما مدى جواز حق الإنسان في التصرف في سلامة جسمه وقواعد النظام العام والآداب العامة؟، وما مدى جواز عقد بيع الأعضاء البشرية وقواعد النظام العامة؟.

-1-مدى جواز حق الإنسان في التصرف في سلامة جسمه

وقواعد النظام العام

الأصل هو عدم جواز تصرف الشخص في سلامة جسمه؛ لأن رضاء المجنى عليه لا يعد سببا من أسباب الإباحة في أفعال الاعتداء التي تمس جسم الإنسان، فسلامة الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه الصالح العام.

غير أن هذا الأصل ليس مطلقا، فمتى كان التصرف في سلامة الجسم لا يمس مصلحة المجتمع، فإنه يعتبر صحيحا ولا يكون مخالفا للنظام العام وحسن الآداب العامة طالما أنه يستهدف تحقيق غرض علاجي.

---

(1) عبد الوهاب عمر البطراوي، بحوث جنائية حديثة، مرجع سابق، ص57.

وبناء على ذلك لا يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة رضاء المعطي بالتنازل عن جزء من جسمه لزرعه في جسد المريض متى كان سيهدف تحقيق غرض علاجي وهو شفاء المريض، فالهدف العلاجي يعتبر هنا بمثابة سببا لرضاء صحيح يعتد به كسبب للإباحة(1).

فالقاعدة إذاً هي "أن كل اعتداء يمس سلامة جسم الإنسان وينقص من قدرته على أداء الأعمال ذات القيمة الاجتماعية -أي ينتقص من صلاحيته لأداء وظيفته الاجتماعية- يعد إهدارا لحق المجتمع في سلامة جسم كل فرد من أفراده، ورضاء المجني عليه لا يمنح فعل الاعتداء على سلامة جسمه، ولا يجرده من الصفة غير المشروعة، فالرضاء يتجرد من كل قيمته في الحدود التي يمتد إليها حق المجتمع، فيظل هذا الاعتداء خاضعاً للتجريم"(2).

---

(1) Hemard (J) Le consentemtent de la victime these, op.cit., No. 256. P.414.

(2) نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص257.

وتطبيقا لهذه القاعدة اعتبرت الإصابات الناجمة عن المبارزة برضاء الطرفين إصابات عمدية(1)، وقتل المريض برضاه يعد قتلا عمدا، والطبيب الذي يجرى عملية جراحية لامرأة ليستأصل مبيض التناسل بناء على رجائها وبغير أن تستلزم حالتها الصحية ذلك، أو أن يفصل الوريد المنوي أو ربطه لدى الرجل، يكون مستحقا العقاب على جريمة عمدية.

ففي هذه الحالات يظل القتل والجرح -ولو برضاء المجني عليه- جرائم معاقبا عليها طبقا لقانون العقوبات، وهذا العقاب ضروري لوقاية وحماية النظام الاجتماعي، فحق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه محدود بحقوق الجماعة التي يعيش فيها وبالقوانين التي تضعها الدولة للصالح العام، ولذلك فإن القوانين التي تحمى الإنسان في حياته وسلامة جسده هي قوانين متعلقة بالنظام العام.

---

(1) Pradel : Droit penal general, T .l. 1981, ed. Cujas, Paris, No. 475, P. 485.

وفي هذا يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الحقوق إلى عدة أقسام(1) أساسها قسمان: حقوق لله تعالى، وحقوق للعباد.

وحيث يعبر الفقهاء بما هو حق لله تعالى فهم يقصدون بذلك ما هو حق للجماعة، وما يستهدفه من تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها. فكل ما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على ونظامها العام هو حق خالص لله تعالى ليس للأفراد حق إسقاطه أو العفو عنه، ويذهب جانب من الفقه إلى أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقا لله تعالى أي من حقوق الجماعة ونظامها؛ لأن من حق الله تعالى على عباده أن يمتثلوا لأوامره

([1]) يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية ال حقوق إلى أربعة أنواع هي:-

1-حقوق خالصـــة لله تعالى: ومنها ما يتعلق بالعبادات. أي بالتكاليف كالإيمان والصـــلاة والزكاة والصـــيام والحج وغيرها. ومنها ما يتعلق بحماية المجتمع والمحافظة على أمنه ونظامه مثل العقوبات على الجرائم الماسة بالمجتمع كالزنا والسرقة والحرابة.

2-حقوق خالصة للأفراد: وتتعلق بمصالح الأفراد ومعاملاتهم مثل حق الملكية والتصرف في حق الملكية وحبس العين المرهونة وتحصيل الدين.

3-حقوق لله تعـــالى غـــالبـــة على حق الفرد: مثل القذف ولما كانت جريمة القذف تمس الأعراض وتشكك في نظام الأسرة وتسويه سمعة العائلات، جعل الحد عليها حقاً لله تعالى، وغالب حق الله على حق المقذوف. وعلى ذلك إذا ثبت جريمة القذف فلا يعتد برضاء المقذوف أو بعفوه.

4-حقوق للفرد غالبة على حق المجتمع: مثل القتل فإنه وأن كان يمس الأفراد مســـاسا مباشرا إلا أنه يمس كذلك أمن المجتمع ونظامه، ووضـــعت العقوبة عليه لحفظ أمن أفراد المجتمع، ولكن أعطى الفرد حق العقو عن القصـــاص أو عقوبة الدية فغلبت بذلك حق الفرد على حق المجتمع. (انظر: الشيخ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص153).

وأن يجتنبوا نواهيه ويعملوا بشريعته، فكل حكم شرع فيه حق الله من هذه الوجهة، والحق في الحياة هو من حقوق الله ومن حقوق الفرد معاً، ولكن حق له غالب فيه.

وعلى ذلك فلا يعتد برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح وما ينطوي على مساس بالنفس؛ لتعلق الأمر بمصلحة الجماعة ونظامها، غير أن ذلك لا يمنع صاحب الشأن أن يعفو عن الجاني بعد وقوع الفعل، فذلك أمر يتعلق بحق العقاب وحده(1).

-2-مدى جواز عقد بيع الأعضاء البشرية

وقواعد النظام العام والآداب العامة

لقد تعددت الآراء الفقهية حول عملية بيع الأعضاء البشرية، وظهر اتجاهان في هذا الصدد أحدهما يجيز عقد البيع الوارد عليه، والثاني يبطل مثل هذا العقد.

أولاً: الرأي القائل بجواز عقد البيع للأعضاء البشرية: يرى أنصار هذا الرأي بأنه إذا كان لا يجوز بيع الإنسان ولا عظمة في مجموعه على أساس أن جسمه لا يدخل تحت التملك لأنه ليس مالاً يخضع للتملك،

([1]) المرجع السابق، ص154.

فإن عدم جواز بيع الأعضاء وأجزاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع به، ويضيفون أنه إذا أمكن الانتفاع بها جاز بيعها.

وقد أورد أصحاب هذا الاتجاه الأسانيد والشروط لذلك منها(1):

1-لا أثر لوجود الثمن على إنعقاد العقد صحيحا، لأن هذا الثمن مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، وأن بيع العضو المزدوج كالعين أو الكلية لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، إنما على العكس يتضمن معاني إنسانية نبيلة منها حماية إنسان أخر من خطر الموت.

2-إن بيع الآدمي جزءا من جسمه كالدم والجلد ممن هو من الأعضاء المتجددة لا يتنافى مع حرمته، لأن ذلك لا يقوده إلى الهلاك، هنا وقد أجازت الأدلة الشرعية بيع اللبن وهو ما يسمى "بعقد إجارة الظئر"، واللبن هو من الأعضاء الآدمية القابلة للتصرف فيها.

3-أن التصرف بالبيع يجب أن يكون منظماً، أي أن لا يترتب عن بيع العضو البشري أية عاهة بدنية دائمة، كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم، ويجب إلا يكون هذا البيع بدافع الشهر.

---

(1) محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة كلية الحقوق الكويتية، مرجع سابق، ص263.

وقد بلغ ببعض أصحاب هذا الرأي أن أقترح على الدولة إصدار تشريع يحدد التسعير لأجزاء الإنسان، وشروط البيع بالجملة أو بالمفرد؛ لأن تسعيرة الأعضاء لن تغير من طبيعة الإنسان، وليس فيه هدر لكرامة الآدمي، ومحل العقد مشروع في هذه الحالة، فلا مجال للتفرقة بين عقد البيع والتبرع(1).

وقد ذهب البعض إلى القول بأنه إذا أبحنا إمكان التنازل في حد ذاته، فإنه لا ضير أن يكون هناك مقابل، فالمقابل لا اعتراض عليه قانونا، كما أنه السبيل الوحيد تقريبا للحصول على قطع الغيار اللازمة من غير الأقارب على الأقل، وأنه يجب أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء المختلفة لجسم الإنسان؛ حتى لا يكون هناك محل للمزايدات طالما أن المحل مشروع فلا معنى للتفرقة بين البيع والتبرع، ولا ضرر من قبول فكرة البيع، وأنه في سبيل تطويع النفس البشرية نحو التضامن، ويمكن البدء بأن يكون المقابل في صورة وثيقة تأمين لمصلحة المتنازل وأولاده متى أصيب أو توفى نتيجة المضاعفات الناشئة عن العملية(2).

هذا وقد أجاز بعض المؤيدين لهذا الرأي البيع بشروط معينة وهي:

ألا يكون هناك تعارض مع الكرامة الإنسانية.

---

(1) حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص141.

(2) محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي، مرجع سابق، ص187.

وأن لا يكون الهدف هو الربح والتجارة والتداول.

وأن يكون بيع الأعضاء من أجل الانتفاع بها مثل ما خلقت من أجله.

وأن لا تباع إلا لمن يعلم أنه يستعملها في ذلك.

وأن يكون البائع ببيعه للعضو قد دفع ضررا أعظم من ضرر فقدان العضو نفسه.

وأن لا يتعارض البيع مع نص قانوني يحظر البيع.

وأن لا يكون هناك بدائل صناعية، وأن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية تتحقق من توافر جميع هذه الشروط(1).

وتقدم البعض من هؤلاء المؤيدين، بمشروع يقضى بإنشاء بنوك للصمامات والشرايين الآدمية لاستخدامه كقطع غيار للمرضى الذين يحتاجون إلى أعضاء، وتضمن المشروع أن تكون حصيلة هذه البنوك من الموتى الذين توفوا في الحوادث، أو مجهولي الهوية، أو ممن ينفذ فيهم حكم الإعدام، وممن يوصون بذلك قبل وفاتهم.

وحجة من قدم هذا المشروع هي مسايرة الثورة العلمية الحديثة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية(2).

(1) محمد نعيم ياسين، بيع الأعضاء الآدمية، مرجع سابق، ص363.

(2) مقالة – نشرت بجريدة المحرر – بعنوان: "كلى وقلوب وعيون للبيع" في القاهرة، العدد 264 – 22، الاثنين 8-آب-1994، ص10.

ثانياً: الرأي القائل بتحريم عقد بيع الأعضاء البشرية لتعارضه مع القواعد النظام العام: يرى أنصار هذا الرأي -وهو الرأي الصحيح شرعا وقانوناً- أن بيع الأعضاء -حتى لو توافرت الشروط التي نادى بها المؤيدون- باطلا، ذلك أن جسم الإنسان وأعضاؤه ليسا مالا حتى يصلح للتعامل، فقد كرم الله تعالى الإنسان وزينه بكرامته الإنسانية، وفي هذا اجتمعت جميع التشريعات العربية التي سنت قوانين تبيح نقل وزراعة الأعضاء البشرية "أن التبرع يكون بدون مقابل مادي"، أي على سبيل الهبة غير المشروط(1).

وقد أضاف أصحاب هذا الرأي أن لبن الآدمية ليس مالاً متقوماً؛ لأن لحم الإنسان حرام، واللبن تابع للحم، وإذا أجاز الشرع الانتفاع به لتغذية الطفل فهذا استثناء لا يقاس عليه، والمسألة التي تستحق النظر هي مسألة الترجيح بين المصالح المتزاحمة في موضوع الانتفاع بلبن الآدميات بصفة خاصة وبأجزاء الآدمي بصفة عامة(2).

([1]) انظر على سبيل المثال – المادة – 4/1م المرسوم الاشتراكي اللبناني رقم (83/109) وكذلك الفقرة (ب) من المادة 4 من القانون الأردني، وكذلك المادة (2/ب/6) من القانون السوري، وكذلك المادة (7) من المرسوم بالقانون الكويتي.

([2]) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص117.

وقد رفض الفقه المدني الفرنسي الحديث عن بيع الأعضاء البشرية، ومن رواده الفقيه سافتيه (Savatier) إذ قال: "جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال. لما كان الحب اسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"(1).

وعليه فإن أي اتفاق يتضمن بيع عضو من أعضاء الجسم يعد باطلا بطلان مطلقا؛ لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة.

---

(1) حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية، مرجع سابق، ص129-130.

الفصل الرابع
مسؤولية الطبيب في عملية نقل وزرع الأعضاء

غنى عن البيان أنه لا مسؤولية قانونية على الطبيب إذا قام بإجراء عملية نقل عضو من جسم إنسان لزرعها في جسم إنسان آخر، وفقا للشروط والضوابط المنصوص عليها قانوناً -والتي سبق وأن تناولناها- سواء كانت شروط طبية أم شروط قانونية، ويعتبر فعله في هذه الحالة مشروعا شأنه شأن أي عمل آخر موافق لأحكام القانون.

وهذا القول يفترض أن الطبيب قد التزم أيضا بالشروط العامة اللازمة لمزاولة مهنة الطب عموما، ودون أن يقع منه إهمال أو تقصير، ومن ثم فإن المسؤولية القانونية للطبيب لا تثور إلا في حالة مخالفة الطبيب عند إجرائه لعملية نقل عضو بشري من جسم إنسان إلى آخر، لأحد الشروط التي استوجب القانون ضرورة توافرها للقول بإمكانية إجراء هذه العملية، كأن يتم النقل مثلا، بدون الحصول على موافقة المنقول منه، أو أن يتم النقل بدون تبصير الواهب تبصيرا كاملا بالنتائج المحتملة التي يمكن أن تترتب على العملية،

أو أن يكون من شأن استئصال العضو من جسم المنقول منه إلحاق الضرر به، ورغم ذلك يعمد الطبيب إلى إجراء العملية دون اعتداد بما سوف يحدث له. في هذه الحالات يكون الطبيب مسئولا عن النتاج الناشئة عن فعله(1).

وهذا يعني أن إجراء الطبيب لعملية نقل أعضاء بشرية من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر بالمخالفة للشروط المنصوص عليها قانونا من شأنه أن يعرض الطبيب للمساءلة القانونية -حسب ما هو منصوص عليه قانوناً-.

وقد ثار الجدل حول طبيعة هذه المسؤولية، هل هي مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية عقدية؟.

إلا أن قضاء النقض قد استقر على:

أن مسؤولية الطبيب تكون مسؤولية عقدية؛ كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناء على اختياره له وطلبه بنفسه أو عن طريق نائبه إن كان المريض عديم التمييز أو الأهلية(2).

---

(1) فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص120.

(2) عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996، ص115.

وتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية؛ إذا كانت اللوائح تفرضه على المريض كحالة العلاج بالمستشفى العام؛ لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى تقوم بينهما علاقة عقدية.

وتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية أيضا إذا تطوع الطبيب للعلاج من نفسه أو امتنع عن العلاج(1).

بهذا نصل إلى تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، نتناول في الأول التزام الطبيب تجاه المريض، وفي الثاني خطأ الطبيب ومن ثم نتناول في المبحث الثالث الضرر الناتج عن خطأ الطبيب واخيرا نتناول علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الناتج عنه وذلك في المبحث الرابع.

---

(1) المرجع السابق، ص116.

المبحث الأول التزام الطبيب تجاه المريض

إن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو -من حيث المبدأ- التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة.

ويتلخص هذا الالتزام في بذل الجهود الصادقة، واليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة؛ بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية. فكل ما على الطبيب هو أن يعني بالمريض العناية الكافية، وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه حتى ولو ساءت حالة المريض الصحية مادام أنه لم يقع في خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية.

-1-التزام الطبيب ببذل عناية

هناك عدة عوامل تحدد مدى التزام الطبيب ببذل عناية تجاه المريض وهي(1):

أولاً: القواعد المهنية: إذ لا يفرض على الطبيب التزام محدد بضمان شفاء المريض؛ لأن ذلك يتوقف على اعتبارات تخرج عن إراداته -الطبيب- كمناعة الجسم وحالته وحدود التقدم الطبي.

---

(1) المرجع السابق، ص115.

ثانياً: المستوى المهني للطبيب: فالطبيب العمومي لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب المتخصص إذ يطلب من الأخير قدر من العناية تتفق مع هذا المستوى، فيجب استعمال منتهى الشدة في تقدير خطته لأن واجبه الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة.

ثالثاً: الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب ويعالج فيها المريض: كمكان العلاج، والإمكانيات المتاحة، كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحدث الآلات والأجهزة، أو في جهة نائيه منعزلة لا وجود فيها لشيء من هذه الإمكانيات.

رابعاً: أن تكون الجهود المبذولة من الطبيب متفقة مع الأصول العلمية الثابتة: إذ لا يعقل استعمال الطبيب لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فهو وإن كان لا يلتزم بإتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه الالتجاء إلى تلك التي استقر عليها الطب الحديث(1).

---

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الحديثة للنشر، القاهرة، 1989، ص155.

-2-التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

إذا كانت القاعدة هي التزام الطبيب ببذل عناية -كما تقدم- إلا أنه هناك حالات استثنائية يقع فيها على عاتق الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض، والالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل تعني الالتزام ألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، وأن لا ينقل إليه -المريض- مرض آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو من نقل الدم، أو خلافه، ومن هذه الحالات:

أولاً: استعمال الأجهزة والأدوات الطبية(1): الطبيب عندما يستخدم الأجهزة الطبية في العمليات، عليه الالتزام بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام هذه الأجهزة، بحيث يستخدم أجهزة صالحة، وهذا التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان العيب في الآلة ويرجع إلى تصنيعها، إلا بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي.

---

(1) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الايمان، بيروت، ط1، 1984، ص113.

ثانياً: التركيبات الصناعية: إن تركيب الأعضاء الصناعية ينطوي على جانبين، جانب طبي، وجانب فني، فالجانب الطبي يكون الطبيب فيه ملتزم ببذل عناية، ولا تقع في جانبه مسؤولية إلا إذا ثبت تقصير من جانبه.

أما الجانب الفني فينحصر في مدى سلامة العضو وصناعته وجودته، وهذا الجانب يلتزم فيه الطبيب بنتيجة قوامها ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض.

ثالثاً: الاسنان الصناعية: يلتزم طبيب الأسنان في تركيب الأسنان الصناعية بجانب فني -غير الجانب الطبي-، بتحقيق نتيجة مقتضاها تقويم الاسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الاسنان الطبيعية، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم تؤدي تلك الاسنان وظائفها المرجوه منها، أو تسبب له آلاما وإصابات معينة.

رابعاً: إجراء التحاليل: التحاليل أيا كان موضوعها هي من العمليات التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا، ويعتبر الطبيب بصددها مكلف بنتيجة هي سلامة التحليل ودقته(1).

([1]) عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، مرجع سابق، ص21، وانظر: أحمد حسني منصور، المسئولية الطبية، مرجع سابق، ص159.

خامساً: نقل الدم: يقع على عاتق الطبيب وطبيب التحليل وبنك الدم التزاما محددا بتحقيق نتيجة هي نقل الدم النقي للمريض والذي يتفق مع فصيلته، ولا يستطيع أيهم التخلص من تلك المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ولا يكفي في هذه الحالة إثبات القيام ببذل العناية الواجبة، ويقع على عاتق الطبيب كذلك الالتزام بتحقيق نتيجة عندما يقدم للمريض أي سائل طبي أو مصل، بحيث يكون صالح الاستعمال وقابلية الجسم لاستيعابه.

سادساً: التحصين: يقع على عاتق القائم بعملية التحصين الالتزام بتحقيق نتيجة قوامها سلامة الشخص المحصن، فيجب ألا تؤدي عملية التحصين إلى الأضرار به، وهذا يقضي أن يكون المصل سليما لا يحمل العدوى بمرض وأن يعطي بطريقة صحيحة.

سابعاً: الأدوية ومسؤولية الطبيب والصيدلي: يقع على عاتق الطبيب عند كتابة الدواء للمريض بذل عناية قوامها اليقظة في أن يكون الدواء مناسبا للحالة المرضية للطبيب، ولكنه لا يتلزم بالشفاء، ولا تقوم مسؤولية الطبيب في هذا الصدد

إلا إذا ثبت تقصيره في اختيار الدواء أو خطئه في وصفه وكيفية تعاطيه. وقد يقوم الطبيب بتقديم الدواء مباشرة في عيادته، وهنا يقع عليه -بالإضافة إلى التزامه العام ببذل عناية- التزام آخر يتمثل في سلامة المريض في عدم إعطائه أدوية فاسدة وهو التزام بتحقيق نتيجة(1).

أما الصيدلي(2) فهو ملزم بتحقيق نتيجة قوامها بيع أدوية صالحة للتعاطي ولا تشكل خطرا على حياة المرضى الذين يتعاطونها، ويبدو هذا الالتزام واضحا إذا كان الصيدلي هو من يقوم بتركيب الدواء، وتقوم مسؤولية الصيدلي كذلك إذا كان دوره يقتصر على بيع الدواء الذي يورده له المصنع، إذ أنه قادر من الناحية العلمية على التحقق من سلامة وصحة الدواء الذي يسلم له، لبيعه للجمهور، إلا أنه يستطيع الرجوع بدعوى المسؤولية على الصانع إذا كان العيب القائم بالدواء يرجع إلى صناعته.

ويشترك الصيدلي في المسؤولية مع الصانع إذا كان على علم بفساد الدواء أو عدم صلاحيته ومع ذلك استمر في بيعه، أما إذا كان الدواء سليما ومركبا بعناية ولكنه سبب للمريض أضرارا مثل الحساسية،

---

(1) عبد الحميد الشـــواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط2، 2000، ص314.

(2) المرجع السابق، ص127.

فإن المسؤولية تقع على الطبيب الذي وصف هذا الدواء دون القيام بالفحص الأولي لجسم المريض، وجدير بالذكر، أن صاحب الصيدلية يكون مسئولاً عن خطأ الصيدلي الذي يعمل لديه باعتبار الأخير تابعا له، وحتى ولو لم يكن صاحب الصيدلية فنيا.

-3-التزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

مما تقدم هناك تساؤل يطرح نفسه في هذا الصدد، فهل الطبيب الجراح في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ملتزم ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟.

إن قيام الطبيب الجراح بنزع عضو من المعطي لزرعه في جسم المريض يقع عليه في هذه العملية بالذات التزاما محددا مقتضاه، ضمان سلامة المعطي والمريض من أي ضرر أثناء الاستئصال أو الزرع.

وهذا مستفاد من نصوص القوانين التي أباحت إجراء هذه العمليات وكذلك الفتاوى الفقهية التي أباحت إجراء هذه العمليات، في حالات الضرورة القصوى. وهناك رأي فقهي يكيف هذا الالتزام بأنه التزام بتحقيق نتيجة ويؤسس رأيه على المبررات الآتية(1):

---

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثه إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص232.

أولا: أن العلوم الطبية قد تطورت تطورا كبيرا من الناحية الفنية، وأصبحت توجد وسائل وأدوات حديثة، تيسر عمل الطبيب الجراح، وتجعله متأكدا من نتائج عمله مسبقا، بحيث يكاد يتلاشى عنصر الاحتمال في هذا المجال.

ثانيا: إن عملية نزع عضو من جسم إنسان صحيح جسميا، لابد وأن يسبقها العديد من الفحوصات الطبية الفنية الدقيقة، إذ ليس من العدالة أو المنطق التضحية بصحة إنسان غير مريض، من أجل احتمال توفير هذه الصحة لإنسان آخر.

ثالثا: إن المعطي -وهو يتبرع بعضو من أعضائه- يكفيه ضررا ما سوف يفقد من عضو كان يؤدي له وظائف حيوية بنجاح، فلا أقل من أن يضمن له الجراح سلامة الأعضاء الباقية، وسلامة صحته العامة من أية انعكاسات ضارة بسبب نزع هذا العضو، ويتقرر هذا الالتزام بالنسبة لعملية نزع العضو ذاتها، والفترة اللاحقة عليها أيضا.

المبحث الثاني خطأ الطبيب

-1-مفهوم الخطأ الطبي

أولاً: مفهوم الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامي: يقابل لفظ الخطأ لدى فقهاء القانون لفظ التعدي لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

والتعدي لغة: مجاوزة الحد أو القدر أو الحق، وأصل ذلك تجاوز الشيء إلى غيره، أو تجاوز الحد في الشيء.

أما التعدي في الاصطلاح: فهو يعني مجاوزة الحد. وفي هذا السياق يذهب الفقيه ابن العربي في تفسير قوله تعالى: {فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ}[البقرة:173] إلى أن العادي هو: "المجاوز إلى ما لا يجوز"(1).

وعلى ذلك يمكن القول: بإن إخلال الطبيب بالتزاماته -سواء كانت عقدية أو تقصيرية-، هو تجاوزه حدود العمل المعتاد والأصول المألوفة التي يقوم بها الطبيب وسط من نفس مستواه وظروفه.

---

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـــــــ/ 1988م، ج1، ص84.

ثانياً: مفهوم الخطأ الطبي في القانون: يقصد بالخطأ -بوجه عام سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية- التقصير في مسلك الشخص، ولا يصدر عن إنسان يقظ وجد في ذات الظروف التي أحاطت بالمسئول(1).

والخطأ على هذا النحو يفترض الوجود السابق لقاعدة من قواعد السلوك الواضحة والمحددة التي تنظم سلوك الأفراد في لمجتمع على نحو معين، ثم قيام أحد الافراد بالخروج على هذه القاعدة(2).

وعلى ذلك يمكن القول أن الخطأ الطبي هو: "ذلك الخطأ الذي يصدر عن شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال -أو بمناسبة- ممارسته للأعمال الطبية، لا يصدر عن طبيب يقظ وجد في نفس ظروف الطبيب المسئول(3).

-2-أقسام الخطأ الطبي

هناك تقسيمات مختلفة للخطأ الطبي الذي قد يقع فيه الطبيب، ومنها:

أولاً: الخطأ المادي أو العادي، والخطأ المهني أو الفني:

---

(1) Mazeu et Tunc: "Theorique et pratique et partique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle" 6e ed., 1965, I, No.669.

(2) عبد الرشـــيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضـــة العربية، القاهرة، 1986، ص127.

(3) محســـن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمســـؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص11.

1- ويقصد بالخطأ المادي أو العادي: الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد، والتي تتطلب توافر الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص، ومن ثم فالخطأ المادي الذي يقع فيه الطبيب هو الخطأ الخارج عن مهنة الطب، ومن المتفق عليه أن الطبيب يسأل عنه في جميع الأحوال جنائيا ومدنيا، ومهما كانت درجته من ناحية الضعف والقوة. ومثال الخطأ المادي الذي يقع فيه الطبيب الجراح، إجراؤه لعملية جراحية وهو ثمل، أو لا يقوم بتعقيم الأدوات الجراحية قبل إجراء العملية(1).

2- أما الخطأ المهني أو الفني: هو الإخلال بما تفرضه أصول المهنة وقواعدها الثابتة. ومثال الخطأ المهني أن يقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية غير متخصص فيها، أو أن يجري عملا طبيا بالمخالفة للأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها(2).

([1]) أحمد محمود إبراهيم، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سـنة 1983، ص333، انظر: رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط4، 1984، ص217.

([2]) عبد الحكيم فوده، التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص133.

ثانياً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير:

1- الخطأ الجسيم: هو كل فعل يرى طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول وفي مستواه العلمي، أن حدوثه يحتمل جدا أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك الطبيب(1)، بينما يكفي أي خطأ تقصيري مهما كانت درجته لانعقاد المسؤولية التقصيرية(2).

2- الخطأ اليسير: فقد ذهب البعض إلى استبعاد الخطأ اليسير جدا في مجال المسؤولية العقدية.

-3-الخطأ الفردي للطبيب

إن التمسك بخطأ الطبيب المعالج أو الجراح وحده، وتركيز المسؤولية على عاتقه يختلف تبريره القانوني بحسب ما إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية عقدية.

أولاً: الخطأ الفردي التقصيري: هناك من الأطباء الذين لا يمارسون عملهم غالبا إلا من خلال فريق طبي، وهذا يتمثل ودون شك في الطبيب الجراح، من ذلك يقال أن الطبيب الجراح في صالة العمليات يكون الممثل الحقيقي للفريق الطبي، ومن النتائج المهمة لذلك أنه متى وقع ضرر للمريض يفترض أنه يرجع إلى خطأ الجراح،

([1]) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص158.

([2]) محمد الســعيد الرشيدي، الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995، ص94.

وتنعقد بالتالي مسؤولية في مواجهة المضرور -المريض-.

ومع تطور الفريق الطبي، من حيث عدد الأعضاء، وتنوع الاختصاصات، تتعدد الفروض التي ينسب فيها الخطأ إلى الجراح، سواء ارتكب هذا الخطأ بنفسه مباشرة -أي بفعله الشخصي- أو باعتباره مسئولا عن فعل الغير، كالممرضين والمساعدين، وهنا يسأل الطبيب الجراح عن فعل الغير على أساس المادة (5/1394) مدني فرنسي(1)، وتقابلها المادة (174) من القانون المدني المصري، والمادة 240 من القانون المدني الكويتي، أي ان الخطأ يكون مفترضاً.

1- المسؤولية عن الفعل الشخصي: إن الجراح في عيادته الخاصة هو الذي يعتني بالمريض، وإذا كان يستطيع أن يطلب مساعدة الغير الذين يكون دورهم ضعيفا لأن اختصاصهم محدود، فهم مجرد أعضاء تنفيذ يقومون بأعمال مادية بسيطة، مثل مناولة مشرط أو مقص أثناء إجراء العملية، وتظهر مشكلة خاصة في هذا الصدد فيمن يقوم بتخدير المريض، فإن كان المكلف بذلك من قبل الجراح ممرض، فإن هذا الأخير يقف دوره عند إعداد الحقنة المخدرة التي يكون الجراح قد حدد محتواها من قبل(2)

---

(1) Charles Vilar, L'evolution des responsabilite de dirurgien et de l'anesthesiste, R. T. 1974, surtout, no 6. p. 743.

(2) وجيه محمد خيال، المسئولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، مكتبة هوزان، السعودية، ط1، 1996، ص102.

ولذلك فإن المساعدين من هذا النوع يكون اختصاصهم محدود، ولا يعني هذا التقليل من شأنهم المهني، ولكن من حيث العمل لهم دور محدد في نطاق معين ومعلوماتهم الطبية مركزة في هذا النطاق، أما الجراح فلديه الرؤية الكاملة عن العملية التي يقوم بها مع مساعديه، وهو وحده الذي يستطيع اتخاذ القرارات الملزمة لهم، وهنا يتجسد خطأ الطبيب في إحدى صورتين:

الصورة الأولى: أمر الطبيب للمساعدين غير صحيح: لاجدال أن الطبيب الذي يصدر أمرا إلى مساعديه بعمل معين، ويترتب على قيامهم به ضرر للمريض، ثم يثبت أن سبب ذلك إنما يرجع إلى أن الأمر نفسه كان غير صحيح، فيكون الخطأ هنا هو خطأ الطبيب وليس خطأ من قام بالتنفيذ. ففي مجال التخدير على سبيل المثال فإن الممرضة التي تكلف بالتخدير يجب أن تحقن المريض بالكمية المقررة طبقا للنسب التي يحددها الجراح. وإذا كانت لديها الخبرة الكافية فسوف يمكنها تنبيه الجراح إلى ما قد يكون هناك من غلط أو نسيان، ولكن يجب التسليم أن مساعد الطبيب الجراح ليس له بوجه عام حرية التقدير، ويلتزم بتنفيذ أمر الطبيب حرفيا(1).

(1) هدى سالم الأطرقجي، مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية، رسالة ماجستير منشورة، دار الثقافة للنشر والدار العلمية الدولية، عمان، ط1، 2001، ص38.

الصورة الثانية: أن يصدر الطبيب أمرا صحيحا وينفذه المساعد بطريقة خاطئه:

إذا كان ما أصدره الطبيب من أمر إلى المساعد صحيحا في ذاته، ولكن هذا المساعد نفذه بطريقة خاطئة، يمكن هنا أيضا أن ينسب الخطأ إلى الطبيب وتنعقد مسؤوليته في مواجهة المضرور، وقد يتمثل هذا الخطأ في أنه لم يحضر أثناء تنفيذ المساعد لما أصدره إليه من أوامر، بينما كان يجب عليه ذلك، إذ أن هناك من الأوامر ما يجب أن تنفذ في حضور الطبيب. فلو أمر الجراح ممرض متخصص - إلا أنه ليس طبيب تخدير - بتخدير المريض، فإن تنفيذ هذا العمل يجب أن يتم في حضور الطبيب وتحت رقابته المباشرة طالما أن الذي يقوم به مجرد مساعد طبي، ويستطيع الطبيب -إذا كان حاضرا- أن يتدخل في هذا العمل في أية لحظة طبقا للقواعد القانونية الخاصة في هذا الشأن، والتي تعطيه هذا الحق، بل تفرضه عليه كواجب(1).

(1) صـــاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر، عمان، ط1، 1997، ص178.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا: أن المريض يفضل غالبا التمسك بخطأ الطبيب ومسؤولية عما حدث له من ضرر، ويرجع ذلك إلى سببين: أحدهما نفسي، والآخر قانوني، فمن ناحية أولى يبدو الطبيب في نظر المريض أكثر ملائمة من مساعديه، كما أن الغالب أن يكون الطبيب قد أبرم عقد تأمين ضد مسؤوليته المدنية، وهو ما يوفر للمضرور ضمانه كافية لاستيفاء حقه. ومن ناحية أخرى أن دور الطبيب كما تحدده النصوص في مواجهة مساعديه، من شأنه تيسير إثبات خطئه، حيث أن يكون ملتزما بالإشراف عليه ورقابته أثناء قيامه بالعمل، فإذا كان التنفيذ معيبا فما ذلك إلا لقصور من الطبيب في الإشراف والرقابة.

2- المسؤولية عن فعل الغير: بتطور فكرة الفريق الجراحي، أصبحت توجد مجموعة مستمرة ومنظمة تتوزع العديد من المهام في داخلها، وهي مهام لا يستطيع الجراح وحده أن يقوم بها، ويتزايد أعضاء الفريق بصفة مستمرة وأصبحوا أكثر تأهيلا: منهم المساعدون الطبيون ذوي المؤهلات، والأطباء المتخصصون، كطبيب التخدير والإنعاش، وإذا كانت المسؤولية الشخصية للجراح تبقى ممكنة،

إلا أن التطور أدى إلى تزايد دور أعضاء الفريق الطبي، وتزايدت بالتالي فرص انعقاد مسؤولية أعضاء هذا الفريق، ولذلك يجد المضرور -المريض- نفسه أمام العديد من الاشخاص، من الممكن توجيه طلبه بالتعويض إلى أكثر من واحد فيهم، وحينئذ فإن اللجوء إلى المسؤولية عن فعل الغير يسمح بتركيز المسؤولية على عاتق الجراح كرئيس للفريق(1).

3-تبعية الفريق الطبي تؤول لمن؟: إن الإجابة على هذا التساؤل لها من الصعوبة والدقة، فالمساعدون الطبيون بوجه عام عمال أو موظفون عهد بهم مدير المستشفى إلى الجراح، فإنهم يكونو تحت السيطرة القانونية لهذا المدير، وفضلا عن ذلك، فإن المستشفى هو الذي يحدد مهمة كل واحد فيهم، ورغم ذلك، يكون هؤلاء المساعدون -على الأقل- خلال العملية الجراحية خاضعين دون شك لسلطة الجراح.

وهناك رأي فقهي، بناء على هذا التحليل أن الطبيب لا يكون مسئولا عن فعل مساعديه، إلا إذا كان هذا الطبيب هو في نفس الوقت مدير المستشفى، إذ أنه في هذه الحالة -صفة المدير- تجب صفة الطبيب(2).

([1]) محسن عبد الحميد، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص68.

([2]) أحمد شوقي عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، المنصورة، 1976، ص43.

4-الطبيب متبوع عرضي: من المكن أن يثار في هذا المجال تطبيق نظرية المتبوع العرضي، والتي طبقا لها، يعتبر تابعا ذلك الشخص الذي دون أن يرتبط بالمتبوع العرضي برابطة خضوع عادية ومستمرة فإنه يكون في مركز من توجه إليه الأوامر والتعليمات من المتبوع(1) فالجراح في صالة العمليات هو السيد المطاع وبالتالي المسؤول عما ينفذ من أعمال.

وفي هذا الصدد هل تقوم علاقة تبعية بين الجراح وطبيب التخدير؟.

هنا رأي يقول: إن من الممكن مساءلة الجراح عن عمل طبيب التخدير باعتبار الأول متبوعا والثاني تابعا متى طلبت وجود علاقة تبعية بينهما، بأن يكون الجراح قد استقدم طبيب التخدير من أجل خدمته، فيتحمل حينئذ مخاطر ما يرتكب من أخطاء.

ومع ذلك فإن التطور الكبير الذي أحاط بدور أطباء التخدير قد أثار كثيرا من الشك حول هذا الرأي. فقد أصبح التخدير فناً يقوم به المتخصصون، وأصبح طبيب التخدير والانعاش يحتل مكانة مرموقة بين الأطباء، وبعد أن كان من يقوم بالتخدير مجرد تابع يقتصر دوره على ضمان عدم تألم المريض، وثباته أثناء العملية الجراحية، أمتد اختصاصه كي يشمل تنظيم التنفس للمريض، ودورته الدموية أثناء الجراحة،

---

(1) KARAQUILLO, Les responsibilities civiles medicales docoulant de l'acte d'anesthesie D, 1974, p. 138, surtout, no.5.

وبذلك فإنه يساهم في الوقاية من الأزمات الجراحية، وقبل إجراء العملية أصبح على طبيب التخدير أن يجري للمريض العديد من الفحوص الحيوية والفنية الدقيقة، وبعد العملية يقع عليه عبء إفاقة المريض، وهي عملية على درجة كبيرة من الخطورة، فمكانة طبيب التخدير والانعاش أصبحت لا تقل أهمية عن مكانة الطبيب الجراح.

ومع ذلك حتى وان نادى الفقه باستقلال طبيب التخدير لا يمنع بالضرورة من انعقاد مسئولية الجراح متى نسب إليه خطأ عن فعله الشخصي.

ثانياً: الخطأ الفردي العقدي: نبين فيما يلي متى يمكن نسبة الخطأ إلى شخص واحد فقط من أعضاء الفريق الطبي، وبالتالي إلى انعقاد المسؤولية العقدية عليه، ومن ثم نبين مضمون هذه المسؤولية عندما تكون عقديه عن فعل الغير.

1- مجال الخطأ الفردي العقدي: يجمع الفقه والقانون -في نطاق المسؤولية عن الفعل الشخصي- على تقرير أن المسؤولية الطبية تكون من طبيعة عقدية منذ أن يوجد عقد طبي صراحة أو ضمنا بين الطبيب والمريض، بيد أن المشكلة تصبح معقدة عند تحديد المسؤولية عن فعل الغير؛

ففي الغالب يكون الجراح هو الذي تعاقد مع المريض، ولكن من النادر أن يكون طبيب التخدير كذلك. ولذلك فإن مسؤولية من يقوم بتخدير المريض، تتم طبقا لقواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي، كما تنظمها المادة (1382 مدني فرنسي والمادة 163 مدني مصري)(1).

فماذا سيكون الحل الواجب قانونا، لو قرر المريض مقاضاة الجراح الذي تعاقد معه، في حين أن الضرر كان بسبب خطأ طبيب التخدير؟.

ذكرنا أن هناك رأيا يقول بتقرير مسؤولية الطبيب الجراح عن فعل التخدير على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع، أي طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. بالرغم من وجود عقد طبي بين الجراح والمريض.

بيد أن هناك من نادى بأن هذه الأحكام ليست حاسمة في هذا المعنى، لأنها إنما حاولت البرهنة على أنه بالرغم من عدم وجود أية رابطة عقدية بين طبيب التخدير والمريض، فإن من الممكن انعقاد مسؤولية الجراح لتعويض المريض عما وقع له من ضرر بفعل طبيب التخدير، وليس على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل التابع وإنما على أساس العقد المبرم بين الجراح والمريض وهذه هي فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

---

(1) محسن عبد الحميد، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص75.

والحقيقة أن الفقه ينتقد بحق اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية فيما بين المتعاقدين، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ القانونية المستقرة في تحديد نطاق كل من المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، وتمنع الأخيرة أو الجمع بينهما، فالواقع أن انعقاد المسؤولية التقصيرية لطبيب التخدير في مواجهة المريض يرتبط على نحو ما بالعلاقة العقدية بين الجراح والمريض، ومن الواضح أنه في حالة المسؤولية العقدية من فعل الغير يكون من أحدث الضرر من الغير بالنسبة للعقد، وهذا لا يمنع من أن تكون المسؤولية عقدية في العلاقة بين المسؤول عن الغير والمضرور المتعاقد معه(1).

ومبدأ وضع المسؤولية على عاتق الجراح على الأساس العقدي سواء أكان مسؤولا عن فعله الشخصي، أو عن فعل الغير، ليس مبدأ مطلق، وإنما ترد عليه بموجب الحالات الاستثنائية التي يسأل فيها الجراح عن أفعال أعضاء الفريق على الأساس التقصيري ويكون ذلك في حالتين:

أ- عدم وجود عقد بين الجراح والمضرور -المريض-: فمن الطبيعي أنه عندما لا يوجد عقد علاج بين المريض -المضرور- والجراح أن يكون خطأ هذا الأخير تقصيريا، ومسؤولية من نفس الطبيعة، كما في حالة نقل شخص مصاب في حادثة وهو فاقد الوعي إلى مستشفى من أجل انقاذه. فالمعتاد في مثل هذه الحالات ألا يوجد عقد طبي بين الجراح والمريض.

([1]) عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، مرجع سابق، ص148.

ب- مركز الورثة فيما يصيبهم من ضرر شخص بسبب المريض: إن الورثة في رجوعهم على الطبيب بتعويضهم عما أصابهم من ضرر شخصي -باعتبارهم في هذه الفرضية من الغير- بالنسبة للعقد المبرم بواسطة مورثهم. لقد أبدت محكمة النقض الفرنسية تمسك الورثة بالأساس التقصيري وذلك في حكم لها صادر في (الأول من أبريل سنة 1968)(1)، إلا أنها عدلت لاحقا عن هذا الموقف، ورأت أن الورثة لا يستطيعون التمسك بالمسؤولية التقصيرية؛ لأنهم يتقيدون بما أبرمه المريض مع الطبيب في عقد العلاج. والحقيقة أن هذه المشكلة تنكشف عندما يوجد عقد طبي بين الطبيب والجراح والمريض ثم يحاول ورثة الأخير التمسك بالمسؤولية التقصيرية إذ تعرض حينئذ مسألة الخبرة بين المسؤوليتين.

والواقع أن الفقه والقضاء يدينون اليوم هذه الخبرة. فعندما تثبت مخالفة التزام ناشئ عن العقد فليس للمضرور الخيار، ولا يستطيع إلا أن يتمسك بالمسؤولية العقدية، دون المسؤولية التقصيرية.

---

(1) civ. l avril 1968, J.C.P. 1968 11, 155. 47, note rabat.

2- المسؤولية العقدية من فعل الغير: لقد قررت محكمة النقد الفرنسية في الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية عن فعل الغير، أن "الجراح الذي اختاره من ستجري له العملية الجراحية لثقة فيه يكون ملتزما بإفادته من هذه العملية بالنسبة لمجموع التدخلات التي تتم بعناية منتجه ويقظة ومطابقة لمعطيات العلم، وبالتالي. فإنه يسأل عن الأخطاء التي قد يرتكبها الطبيب الذي لجأ إليه الجراح من أجل تخدير المريض، والذي يحل محل الجراح، دون أي رضاء من هذا المريض للوفاء بجزء لا يتجزأ من التزامه(1).

وهكذا فإن وجود عقد طبي بين الجراح والمريض يكون له تأثير على فكرة المسؤولية عن فعل الغير، إذ يكون الجراح مسؤولا عن فعل طبيب التخدير الذي حل محله، وبعبارة أخرى، فإن الطبيب يسأل عن عدم تنفيذ التزامه العقدي في مواجهة من تعاقد معه، ولو كان عدم التنفيذ من فعل الغير الذي أدخله الطبيب نفسه في تنفيذ العقد.

([1]) محسن عبد الحميد، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص85.

فالجراح الذي تعاقد مع المريض، تكون له حرية الاختيار في وسائل تنفيذ التزامه التعاقدي، فكما يستطيع أن يلجأ إلى تابع حقيقي لضمان هذا التنفيذ، فإنه يستطيع كذلك أن يطلب مساعدة أشخاص أخرين غير تابعين له، أي لا يرتبطون به برابطة تبعية(1).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المريض المضرور لن يكلف إلا بإثبات أن الطبيب الجراح أو المعالج لم يقدم العناية اليقظة المطلوبة منه، متى كان ملتزما ببذل عناية، ولن يطلب من هذا المضرور -المريض- أن يثبت خطأ هذا العضو أو ذاك من أعضاء الفريق الطبي، وذلك متى أراد التمسك بمسؤولية الطبيب الجراح عن فعل هذا العضو، إذ يمكن أن يكون الالتزام العقدي للطبيب مجرد التزام ببذل عناية.

وبالرغم مما سبق ذكره، يستطيع المضرور أن يتمسك مباشرة بمسؤولية طبيب التخدير على أساس ما ينسب إليه من خطأ، بل قد يحدث في بعض الحالات أن يكون طبيب التخدير مسؤولا باعتباره حارسا لجهاز التخدير، وبالتالي يمكن أن يقوم نوع من الازدواج للمسؤولية داخل الفريق الطبي.

([1]) محمد سـامي الشـوا، الخطأ الطبي أمام القضـاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص110.

إلا أن مسؤولية طبيب التخدير والانعاش إذا لجأ اليها المضرور -المريض- في هذا الفرض، فسوف تكون مسؤولية تقصيرية، أما الجراح الذي أبرم عقد العلاج مع المريض، فسوف تكون مسؤولية عقدية سواء كان ذلك عن فعله الشخصي أو عن فعل الغير. وبالتالي يمكن أن يستفيد المضرور في هذه الحالة من مسؤولية تضامنية بين الجراح وطبيب التخدير(1).

ومع ذلك فلقد آثار البعض بدلا من هذه المسؤولية التضامنية، إمكانية التمسك بمسؤولية الفريق الطبي.

-4-مسئولية خطأ الفريق الطبي

في حقيقة الأمر، إن الاتفاق الذي يبرم بين المريض وأعضاء أو أحد أعضاء الفريق يمكن أن يساعد كثيرا على تحديد المجموعة أو الفريق الطبي، المنوط به العمل، أي أنه يمكن أن يكون مؤشرا على وجود هذا الفريق، ومع ذلك فإن الغالب أن يكون الاتصال محصورا بين المريض والطبيب الذي تكون له أهمية كبرى في الفريق -وذلك بناء على عناصر كثيرة كالمكانة والأقدمية والخبرة-، مثل الجراح الرئيسي بين بقية أعضاء الفريق الطبي.

(1) محســـن عبدالحميد إبراهيم، التضـــامم والتضامن في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 13، العدد 3 سبتمبر 1989، والعدد، 4 ديسمبر 1989.

وهذا يعني، أن من الضروري -حتى على المستوى التقصيري- أن نعتد بالروابط والعلاقات التي تقوم بين المريض وأعضاء الفريق الطبي؛ من أجل اكتشاف إرادة إقامة فريق طبي. فالطب الحديث يرتدي ثوب اجتماع المسؤوليات(1).

ولهذا يقدر البعض أن أفضل السبل لتنظينم المسؤولية في هذا المجال هو الأخذ بمسؤولية الفريق الطبي، ويرى في ذلك الوسيلة الوحيد المقبولة لمواجهة ما قد يصيب المريض من أضرار؛ لأن ذلك سوف يحسم مشكلة تحديد من يكون مسئولا في أي وقت من أوقات العملية الجراحية، وتجنب الأخذ بفكرة المسؤولية التضامنية التي قد لا تتفق مع الحقيقة لعدم تعدد المسؤولين.

ومع ذلك، فيجب الاعتراف أن هذا الرأي ليس أكثر من مجرد أمنية لما يجب أن يكون؛ لأن أحكام القضاء مازالت مخلصة للقواعد التقليدية. فبالرغم من الارتباط الذي قام بين عدة أطباء من خلال تدخل جراحي، لم تقرر سوى مسؤولية طبيب واحد. كما كانت تحكم بمسؤولية الجراح وحده بالرغم من الوجود الواقعي للفريق الطبي، ولكن لأن هذا الأخير ليس له وجود قانوني، أو لأن الجراح وحده هو الذي تعاقد مع المريض، أو لأنه كانت له سلطة أكبر من سلطة طبيب التخدير خلال العملية الجراحية.

---

1) M. Francine Soubiran, Queiques reflexions suscitees par l'exercise de la medicine au sein d'un groupe ou d'une equipe, j.c.p 1976, 1 doctrine, 2830, no. 1.

والواقع أن تردد القضاء في تبني مسؤولية الفريق الطبي، ولجوئه عند الحاجة إلى المسئولية التضامنية لأعضاء الفريق، نابع من إخلاصه للقواعد المستقرة التي تقتضي قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر. وفي مجال النشاط الطبي الذي يستلزم غالبا تآزر عدة أعمال طبية من مجموعة أشخاص يربطهم هدف واحد هو علاج المريض. فهل يمكن أن تثبت الشخصية لهذا الفريق الطبي؟ وبالتالي تنعقد مسؤوليته في مواجهة المريض المضرور؟.

أولاً: إضفاء الشخصية على الفريق الطبي: لقد أخذ القضاء الفرنسي بمسؤولية الفريق بالنسبة لمجموعة الصيادين أو فرق الألعاب الرياضية، وذلك عندما يوجد خطأ سبب ضررا للغير دون إمكانية تحديد مرتكب هذا الخطأ من بين أعضاء الفريق المحدد، ويقدر البعض أن قبول هذا الحل يكون من باب أولى في مجال الفريق الطبي.

والقضاء لا يعترف بمسؤولية الفريق إلا عندما يكون مرتكب الخطأ الذي سبب الضرر مجهولا أو غير محدد، لهذا يقدر البعض أن الأطباء عندما يشكلون فريقا متناسقا من أجل رعاية مريض، فإنهم يسألون عن نتائج أعمالهم الطبية كمجموعة أو فريق؛ لأن معرفة من ارتكب منهم هذا الخطأ الذي سبب الضرر لا ينفي هذا الترابط بينهم.

وفي هذا الإطار فإن الاعتراف بنسبة الخطأ إلى الفريق الطبي يكون أحيانا ضروريا وكافيا في نفس الوقت.

1- خطأ الفريق الطبي يكون ضروريا: أحيانا يكون الضرر الذي أصاب المريض ناشئ عن خطأ الفريق، ولا يمكن أن يسأل عنه كل عضو من أعضاء الفريق على إنفراد، أو لا يمكن على الأقل أن يسأل عنه عضو واحد دون الأعضاء الآخرين(1)، وعدم قبول هذا الحل يمكن أن يصطدم برابطة السببية بالنسبة للضرر، خاصة عند محاولة تحديد دور خطأ كل عضو من أعضاء المجموعة بالنسبة لما وقع من ضرر، ولاشك أن خطأ المجموعة أو الفريق لا يختلط مع خطأ كل فرد من الأعضاء المكونين لتلك المجموعة، إذا ما أخذ بصفة فردية، وفي كثير من الأحوال لا يوفق المريض -المضرور- في إثبات الخطأ الفردي؛ لأن الواقعة الضارة إنما تنسب إلى مجموع الأعضاء أو الفريق. وهكذا عندما يتسبب عدة أطباء -من خلال فريق طبي، قبل أو اثناء عملية جراحية، مثل الجراح وطبيب التخدير- في وفاة مريض، فقد يستحيل كشف نصيب كل واحد منهم في الخطأ الذي أفضى إلى تلك الوفاة.

---

(1) ومن أمثلة ذلك في مجال الصيد، قيام اثنان من الصيادين بإطلاق النار في وقت واحد على مجموعة من الطيور، فأصاب الطلق الناري عاملا زراعيا كان يعمل في حقل مجاور. حيث طبق القضاء في هذه الحالة نظرية يقال لها الرابطة الموحدة Gerbe unique أي أن مجموعة الاطلاقات النارية تشـــكل رابطة موحدة، وتصبح كأداه لأحداث الضرر فكان الصيادان مسؤولين معا عن هذا الضرر. (Civ. 11 Fevr. 1966, B civ.,11, no.199 p143).

وبناء على ذلك – وعلى منوال ما تقرر بالنسبة لحوادث الصيد – عندما يصيب طلق ناري شخصا على أثر إطلاق متزامن لأكثر من صياد في اتجاه الضحية، ويستحيل تحديد المسؤول، فيسأل فريق الصيد كله، وهنا أيضا يسأل الفريق الطبي كله، وفي هذا حل لمشكلة إثبات رابطة السببية.

2- خطأ الفريق الطبي يكون كافيا: هناك رأي يرى أن كل مجموعة من الأشخاص تجتمع بطريقة مقصودة تكون مسؤولة بالتضامن عما يقع من ضرر بسبب فعل أي عضو من أعضائها، متى حدث ذلك خلال ممارسة النشاط الذي اجتمعوا من أجله، وهذا ينطبق على شخصية الفريق الطبي القانونية، أي أن الخطأ ينسب للفريق الطبي مجتمعا.

ثانياً: أساس شخصية الفريق: نبحث في هذا الصدد، أساس إضفاء الشخصية القانونية على الفريق الطبي، من خلال نظريتين:

1- الشركة التي تنشأ من الواقع: يرى أنصار هذه النظرية أن شخصية الفريق الطبي يمكن أن تبرر بشركة تخلق من الواقع، إذ أنه على عكس شركة الواقع، التي تعتبر شركة قانونية انحلت، فإن الشركة التي تنشأ من الواقع تتولد من مجرد سلوك ذوي الشأن، وتعبر عن إرادة ضمنية، مع أن أعضاءها لم يبرموا أي اتفاق مكتوب أو شفهي، ومع ذلك فيوجد من الدلائل مايشير إلى إرادتهم في الاشتراك.

فأعضاء الفريق الطبي يربط بينهم قبول لا شك فيه، لمخاطر ومنافع العمل الطبي المشترك، ولا أدل على ذلك من اشتراكهم في الأتعاب التي يدفعها المريض، وبالمقابل فإنهم يتحملون المسؤولية الناجمة عن غلط مشترك أدى إلى إصابة المريض أو وفاته(1).

ويلاحظ ان أنصار هذه النظرية يعترفون بصعوبة تحقيق الشخصية للفريق مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين له؛ وذلك لما يقرره القضاء عادة في مسؤولية الطبيب أو الجراح الذي يكون رئيسا للفريق، كما أن إضفاء الشخصية على الفريق الطبي باعتباره شركة تابعة من الواقع لا يمنع من مسؤولية الأعضاء في ذممهم المالية الخاصة عما قد يحكم به من تعويض للمضرور بسبب خطأ الفريق؛ لأن الشركة تسأل بالتضامن مع أعضائها عن النتائج الضارة عن تصرفاتهم، أي أن الفريق الطبي سوف يحل محل العضو المعسر، عندما يكون مرتكب الخطأ مجهولاً.

---

(1) محسن عبد الحميد:، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص99.

2- توافر عناصر الشخصية المعنوية في الفريق الطبي: تجدر الإشارة إلى أن من نادو بهذه النظرية(1)، لم يخصوا بها الفريق الطبي بالذات، ولكن يرون إنطباقها وقياسها على أية جماعة من الأشخاص تتكون، ويقوم الترابط بين أعضائها بدرجة يمكن معها القول بأنها استغرقت في حدود معينة شخصية هؤلاء الأعضاء.

فإذا كان هؤلاء الفقهاء يرون إنطباق هذه النطرية على مجموعة الصيادين ومجموعات الفرق الرياضية، فإن ذلك يكون من باب أولى انطباقها على الفريق الطبي؛ حيث يكون الترابط بين أعضائه أقوى وأوثق مما يوجد بين أعضاء الجماعات الأخرى التي يشيرون إليها. هذا وقد رفض الفقهاء ما ذهب إليه البعض- من حيث أعفاء المجموعة كلها -أي الفريق الطبي- من المسؤولية؛ بحجة عدم تمتعها بالشخصية المعنوية.

وبهدف تجاوز هذه العقبة، يقدر البعض أنه متى كان لهذا الفريق وجود قانوني مستقل نابع من وجود هدف تكون من أجله، كان له الشخصية المعنوية أو بعض هذه الشخصية، ويمكن عندئذ أن تنعقد مسؤوليتها من الضرر الذي أصاب الغير، دون ما أهمية لتحديد أي من أعضائها قد تسبب في إحداث الضرر.

([1]) محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، 1983، القاهرة، ص100.

والواقع أن هناك انتقاد لهذه النظرية يقول بعدم صحة هذا القول "بأن الفريق الطبي تكون له بعض أو نصف الشخصية المعنوية"؛ لأن هذه الأخيرة لا تقبل التبعيض، فهي إما موجودة أو غير موجودة، باعتبارها الصلاحية المجردة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ولهذا فإنها لا تقبل التجزئة، بل يجب أن تواجه في ذاتها من حيث مبدأ وجودها باعتبارها إما موجودة وإما منعدمة، ولكنها لا تتصور ناقصة(1).

وعليه فإن أصحاب هذا الانتقاد يرون أنه من الواجب - وفي ظل القانون الوضعي - رفض مسؤولية الفريق الطبي كشخص معنوي، والابقاء على المسؤولية التضامنية لأعضائه(2).

وأخيرا نختم قولنا: "بأنه في ظل قواعد القانون المصري المعمول بها حاليا، لا يمكن الإدعاء بإنعقاد مسؤولية الفريق الطبي، باعتباره شخصا معنويا ولكن يغني عن ذلك، تطبيق قواعد المسؤولية التضامنية لأعضاء هذا الفريق متى توافرت شروطها".

([1]) حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط5، 1974، بند 209، ص518.

([2]) محسن عبد الحميد، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص104.

المبحث الثالث الضرر الناتج عن خطأ الطبيب

إن إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج -التدخل الجراحي- أو من جرائها هي نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الطبية للطبيب؛ فوقوع الضرر للمريض يعد عنصرا لازما لإثارة تلك المسؤولية.

وخلافا للقواعد العامة لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب أو المستشفى، فالالتزام العلاجي يعد أساسا التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

فيمكن -رغم حدوث الأضرار- ألا تثور المسؤولية الطبية إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال -خطأ- من جانب الطبيب المعالج أو إدارة المستشفى.

-1-تعريف الضرر

لقد تعددت تعاريف الضرر، والفرق بين الضرر العقدي والتقصيري ليس من الماهية، وإنما في المنطلق والأساس، فالضرر العقدي: هو الضرر التابع لعقد، أي الضرر المتولد عن عدم تنفيذ التزام عقدي، فالعقد كان سبب الضرر، أو بالأحرى ليس العقد بذاته، وإنما الإخلال في أحد التزامات العقد من عدم تنفيذ أو تأخر عن التنفيذ أو الانقاص في التنفيذ. بينما الضرر التقصيري هو ما تولد عن فعل لا أساس عقدي له.

ولما كان عنصر الضرر عنصرا ثابتا في كلا المسؤوليتين، فإنه من بين تعريفات الضرر أنه: "هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه"(1).

وهناك من أعطى أكثر من تعريف للضرر(2) فقال:

-الضرر المادي -المالي أو النقدي-: "هو ما يصيب الشخص في ذمته المالية".

-الضرر الأدبي –المعنوي-: "هو ما يصيب الشخص في شعوره نتيجة للمساس بعاطفته أو كرامته أو شرفه أو سمعته، أو في غير ذلك من الأمور المعنوية التي يحرص الإنسان في حياته عليها، أو بعبارة أخرى ما يصيب الإنسان في ناحية غير مالية".

-الضرر الجسدي: "وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه".

-اما الفقيه السنهوري لم يأت ولم يعطي أي تعريف مجرد محدد للضرر وإنما قال بأنواعه: "بأنه قد يكون الضرر ماديا يصيب المضرور في جسمه أو في ماله -وهو الأكثر الغالب- وقد يكون أدبيا يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه، أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها".

---

(1) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق،، ص294.

(2) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الجزء الأول، النظرية العامة للإلتزام.

-2-الضرر في مجال المسؤولية الطبية (الضرر الطبي)

استقى القانون الوضعي في مصر ذات الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية في شأن الضرر، ويقصد بالضرر بصفة عامة، المساس بمصلحة المضرور، بحيث يصبح المضرور في وضع اسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ. ويشترط التعويض عن الضرر أن يكون هناك إحلال بمصلحة محققة للمضرور، فالضرر غير المحقق لا يتم التعويض عنه، وإنما يتعين أن يكون محقق الوقوع ولو كان مستقبلا، مثل تفويت فرصة كسب واضحة نتيجة الإصابة أو الوفاء.

مما تقدم نجد أن جميع عناصر الضرر التقليدي في تعريف الضرر تجتمع في تعريف الضرر في مجال المسؤولية الطبية، فيعرف بأنه: "هو حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى جسم الشخص. وقد يستتبع ذلك نقصا في مال الشخص في عواطفه ومعنوياته"(1).

وبذلك فإننا نجد أن هذا التعريف قد ضم الضرر بشتى أنواعه، فهو يحوي الضرر المعنوي في جسم الشخص جسديا ونفسيا، ويحوي الضرر المادي من الناحية المالية -تكاليف العلاج-، بدل عن الجزء المصاب أو الذي وقع فيه النقص أو التخريب.

---

(1) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص234.

ومثال ذلك: ما يترتب على أساليب التنويم المغناطيسي العلاجي من مضار معنوية كآلام نفسية -أي أمراض نفسية كفقدان الذاكرة بتأثير علاج نفسي خاطئ، وكالثورات العصبية، والشلل الفكري، أي هبوط المستوى العقلاني والذي يصل إلى الجنون-، وهذه كلها تقع تحت ما يمكن بتسميته ازدواجية الضرر المادي والمعنوي للشخص المضرور بالفعل الضار بذاته أو لمن تضرر من جراء ما أصابه.

وهنا يتبادر إلى الأذهان تساؤل: من صاحب الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي -الأدبي-؟.

بداية يمكن الإجابة على هذا السؤال أن كل من أصيب بضرر معنوي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه.

فإذا كان الضرر إصابة دون الموت، فالتعويض حق المصاب -المضرور- من حيث المبدأ وهو الأصل، ولا ينتقل إلى الغير أرثا أو عقدا أو بأي سبب آخر من أسباب الانتقال إلا بتحقق المطالبة به(1).

([1]) ويكون ذلك وفق نص مادة (222) من القانون المدني المصري والتي تنص على: (1) يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. (2) ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للازدواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

وذلك إما أن يكون محدد باتفاق، أو بمطالبة قضائية، وإلا لم يعد لأي كان حق فيه، وهذا ما كان من اجتهاد محكمة النقض المصرية المؤرخ في 1968/1/20 الذي جاء فيه: "أن التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب المجني عليه نتيجة الاعتداء الذي يقع عليه لا ينتقل منه إلى الغير طبقا للمادة 222 من القانون المدني إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء"(1).

إذا فحق التعويض عن الضرر المعنوي –الأدبي- لذات المضرور المصاب في مجال الخطأ الطبي -في مجال بحثنا هذا- ليس إلا تعويضا عن الآلام أيا كانت جسدية أو نفسية، ويجب ألا ننسى أن هناك فارق بين الشخص المضرور –أي المصاب بفاعلية الضرر– وبين من لحقه ضرر من غير المصاب من جراء الضرر الذي أصاب المضرور.

أما الضرر المالي: فهذا مبناه إخلال بحق مالي للمضرور، وهو بطبيعة الحال يتمثل في فوات الكسب والفرصة المالية ونفقات العلاج -النفقات العلاجية التالية للخطأ الطبي أو نفقات إصلاح الخطأ إذا أمكن- وهذه كلها أمور مالية.

---

(1) مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة 9 رقم 11 ص51 – عن القانون المدني شرح وتعليق الأستاذ أنور طلبة ص189، وفي الوسيط للدكتور السنهوري هامش ص988.

ومن ناحية أخرى يتولد إخلال بالمصلحة المالية للمضرور، وهنا -ففي بحث الضرر الطبي- فإن هذه المصلحة تكون لغير المريض ممن كان يعولهم، ولمن تضرر أدبيا ما أصابه، سواء توفى أو فقط تعطل عن الكسب، بينما للمضرور فإن أي ضرر مالي يصيبه هو حق أساسي يعوض عليه وليس مصلحة مالية(1).

-الضرر المعنوي (الأدبي): وهو الذي لا يصيب الشخص في ماله مباشرة وإنما هو الذي يصيب الجسم والعاطفة والشعور في مجال الضرر الطبي، وسواء استجر وتمخض ضررا ماديا ماليا أو غير مالي أم لا، والتعويض عنه، وإن لم يكن به محو الضرر المادي والمعنوي ذاته -الحزن مثلا-، إلا أنه وإن لم يكن بديلا عما أصاب المضرور أو متلقي التعويض، فهو قد يفتح له أبواب المواساة ويكفكف من شجونه، وما يمكن به أيضا أن يرفه به عن نفسه في حال تلقي المضرور بذاته التعويض. ويختلف الضرر الأدبي بطبيعة الحال من شخص إلى آخر، فالشاب ليس كالمسن، والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي تتركها الإصابة أو العجز على حالة المريض متضرراً إلى ذلك من خلال عمله ومهنته أو ظروفه الاجتماعية والجسمانية ويدخل في عناصر الضرر بطبيعة الحال تفويت الفرصة. ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمر محتمل. فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه(2).

---

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص113.

(2) نقض مدني 22 مارس 1977، س28، ص732.

-وتبدو الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه، سواء ما كان أمامه من فرص للكسب أو النجاح في حياته العامة، سواء فيما يتعلق بسعادته وتوازنه كزواج الفتاة، إذا كان ما أصابها متمثلا في تشوهات إلى غير ذلك من الاعتبارات يقدرها قاضي الموضوع.

-وقد يبدو الضرر أيضا فيما كان للمريض من فرصة للشفاء، لو لم يرتكب الخطأ الطبي، وما كان له فرصة للحياة، فكلاهما يمثل ضررا مؤكدا.

ويلزم في مثل هذه الحالات إقامة الدليل على أن حالة المريض كانت غير ميئوس منها أو أنها في سبيل التحسن أو على الأقل ليست نحو الاتجاه للأسوأ. فالقاضي يعتمد في ذلك على القرائن القوية والمحددة، فإذا ثبت مثلا أن المرض في سيره الطبيعي كان مؤديا حتما بالمريض سواء عملت له العملية الجراحية أو لم تعمل، فلا يسأل الطبيب عن موته(1)، أما إذا كانت حالة المريض تبعث على الاطمئنان إلى شفائه فإن أي خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة الشفاء يعتبر مرتبطا برابطة سببية كافية لنشوء المسؤولية.

---

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص115.

ويعد مسلك القضاء في التعويض عن تفويت الفرصة مظهرا من مظاهر تشدده المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبية، انطلاقا من الرغبة في سلامة المرضى واستنادا إلى ما أحرزه العلم من تقدم في المجالات الطبية.

فالقضاء في الحالات التي لا تثبت فيها علاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه والضرر الذي لحق المريض، يحكم رغم ذلك بتعويض جزئي استنادا إلى أن الخطأ الطبي قد فوت على المريض فرصة إما في الشفاء أو في الحياة أو في الوصول إلى نتائج أفضل أو تجنب بعض الأضرار التي لحقته(1).

ونجد أن المشرع الليبي نص في المادة الثالثة والعشرين من قانون المسؤولية الطبية(2)، على أن نشوء الضرر يعد قرينه على ارتكاب الخطأ والاخلال بالالتزام. ولم يبين المشرع ما إذا كانت هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، إذ يستطيع الطبيب أن يثبت عدم توافر الخطأ في جانبه رغم تحقق الضرر للمريض. وبذلك ينفي مسؤوليته عن هذا الضرر، ولكن إلى أن يتمكن من إثبات ذلك يعد الضرر الحاصل قرينة على توافر الخطأ من جانبه.

---

(1)المرجع السابق، ص116.

(2)انظر نص القانون ملحق رقم 1.

وحرصا من المشرع الليبي على حماية حق المريض ومنعا للإهمال أو عدم الاهتمام من جانب الطبيب في رعاية مصالح المريض –

نص المشرع على أنه لا يجوز الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية قبل وقوع الضرر. ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك. وهذا الحكم يفترض أن الطبيب يتفق مع المريض مستغلا - على سبيل المثال – ظروفه الصحية أو حاجته للعلاج، على إخضاعه لمعالجة طبية أو جراحية معينة، بشرط إعفائه من المسؤولية القانونية فيما لو أصاب المريض من جرائها ضررا ما، أو تخفيف هذه المسؤولية عنه بطريقة محددة.

مثل هذا الاتفاق اعتبره المشرع الليبي باطلا لمخالفته للنظام العام والآداب العامة وبالتالي يظل الطبيب مسؤولا عما يسببه للمريض من ضرر.

ووفقا لنص المادة الرابعة والعشرين من قانون المسؤولية الطبية لعام 1986(1)، لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر ناشئا عن رفض المريض للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية رغم نصحه بالقبول.

---

(1)انظر نص القانون ملحق رقم 1.

ويثبت رفض المريض للعلاج بإقرار كتابة أو بالإشهاد عليه. وحسب نص المادة الخامسة والعشرين تكون الجهة التي تتولى علاج المريض والطبيب المعالج الذي له حق التوجيه والإشراف مسؤولين بالتضامن مع الممرضين والفنيين وغيرهم ممن ترتبط أعمالهم بالمهن الطبية عن الأضرار التي تلحق بالمريض بسبب خطئهم المهني(1).

-3-تقسيم الضرر ومداه

ذكرنا في تعريف الضرر أن الضرر إما مادي أو معنوي، وكلاهما -في مجال المسؤولية الطبية والخطأ الطبي- غالبا ما يجتمعان، فالعقل يفترض أن الجرح والتغيرات الجسمية والحركات التي على غير طبيعتها وخلافا للحركة المعتادة، تولد ألما، وهذا الألم نسبي بين شخص وآخر، وهذه الأوجاع يترتب عليها وضع من المعاناة النفسية ما يقتضي القول أن كل ألم جسدي مادي يولد آثار سلبية نفسية، وليس بالضرورة أن يتحقق ذلك في الحالة العكسية.

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، ج1، ص986.

أولاً: تقسيم الضرر في مجال المسئولية والخطأ الطبي:

1-الضرر المادي -الجسدي-: وهو يمثل اخلالا بحق المضرور، وهذا الحق هو حق السلامة، سلامة الحياة وسلامة الجسم، فالتعدي على الحياة ضرر بالغ، وإتلاف عضو أو إحداث نقص أو تغيير تشويهي ضرر، فيغدو المضرور غير قادر على الكسب، إضافة لما يتكبده من مصاريف علاج أصلية لمسبب الضرر -الطبيب المخطئ- ومصاريف إصلاح ما أمكن، فخطأ ما قد يكلف الشخص المضرور بنتيجة ذلك أضعاف ما يتقاضاه الطبيب الخاطئ -مرتكب الخطأ- محاولة في تصحيح وتخفيف الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، وهذا ما يتبدى ويتضح في حالة الضرر المعنوي.

2-الضرر المعنوي: إذا كان الضرر الأدبي هو موت الشخص، فيجب هنا التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته.

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته -كما ذكرنا آنفا- وعملا بأحكام المادة (222 من القانون المدني المصري) إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو بالمطالبة القضائية، وفي حالة موت الشخص المريض -متلقى العلاج- الذي وقع معه خطأ الطبيب الذي أورثه الضرر بالوفاة، فإن الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه، فلا يمكن أن يكون هذا التعويض عن هذا الموت قد تحدد باتفاق مع الميت أو طالب به القضاء(1).

إلا أن حالة الاتفاق المسبق يمكن القبول بها، إن لم يكن العلاج خطير أو مستوجبا الحذر، فللمريض الاتفاق بما شاء مع الطرف الآخر -الطبيب- إن قبل هذا الأخير.

أما الضرر الذي يصيب الميت بطريق مباشر، فإنه لا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، فالحق في التعويض إذن يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية(2). وإذا وجدوا جميعا في حالة ما فإن القضاء لا يمنح التعويض لهم جميعا بل يعطي لمن أصابه منهم ألم حقيقي بموت المضرور،

([1]) عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص986.

([2]) الأقارب من الدرجة الثانية هم (أب-أم-جد-جدة لأب أو لأم-أبناء-أبناء الأبناء-أخوة-أخوات).

وهذا يقتصر على الضرر الأدبي المحض -تعويض الآلام-. أما الضرر الأدبي المتمخض عنه حالة مادية -أي الضرر الذي أصاب الميت نفسه-، فهذا الضرر العبرة فيه لمن له حق النفقة على الميت، ومن كان الميت يعوله فعلا، وذلك حصرا لنطاق الادعاء به والحد من المغالاة منعا للاستغلال.

وفي هذا جاء اجتهاد محكمة النقض السورية في حكمها الصادر في الدعوى رقم 985 قرار 719 تاريخ 1959/12/11 وجاء فيه: "إن من آثار هذه المسؤولية التعويض عن الضرر المادي، المنبعث عن فقد الميت أثمن شيء مادي وهو الحياة، والتعويض عن الضرر الأدبي الذي أجاز المشرع الحكم به والأقارب إلى الدرجة الثانية عما أنتابها من ألم حقيقي، من جراء موت المصاب، وأن التعويض المادي وإن كان ينتقل إلى خلفاء المصاب إلى الورثة، كل بقدر نصيبه من الإرث، غير أن التعويض الأدبي الذي لم يطالب به المصاب أمام القضاء يبقى قاصرا على هؤلاء الأشخاص المعنيين الذين يحق لهم المطالبة به، على اعتباره حقا شخصيا يعطي لكل منهم بنسبة ما إنتابه من الغم والأسى والحزن، عملا بأحكام المادة (223) من القانون المدني السوري"(1).

(1)ياسين دركزلي، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية، ج1، ص261.

ثانياً: مدى الضرر في مجال المسئولية والخطأ الطبي: تناولنا -آنفا- أن الضرر لابد أن يكون ناتجا عن خطأ، سواء في التزام عقدي أو التزام تقصيري، وأن يربط بينهما -الخطأ، الضرر- سبب ولكن هناك تساؤل يفرض نفسه: هل يكون التعويض عن الضرر المباشر وغير المباشر؟.

إن الضرر المباشر -هو فقط- الذي يعوض عنه في كلا المسؤوليتين؛ لأن الضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلا لا في المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

ولما كانت كلا من المسؤوليتين تفترقان في أنه من المقرر في المسؤولية التقصيرية أن التعويض يشمل كلا الضررين المتوقع وغير المتوقع، شرط أن يكون أي منهما مباشرا. أما في المسؤولية العقدية فإنه يقتصر على حالة الضرر المتوقع فقط وبذات الشرط السابق -أي أن يكون مباشرا-.

1-الضرر المباشر: هو كل ما كان نتيجة للفعل الخطأ، كعدم الوفاء بالالتزام ولم تتدخل أفعال أخرى في إحداثه، كأن يتوفى المريض إثر علاج الطبيب الذي أهمل أو ارتكب خطأ في علاجه.

ويعتبر نتيجة مباشرة وضررا مباشرا، حالة أن يكون هذا المريض الذي هلك مصابا بمرض معد انتقل بسبب إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياط والعناية المستوجبة وفق أصول الفن الطبي، من ذلك يكون الطبيب لم يوف بالتزامه بهذا الاهمال الذي ارتكبه، وهذا الضرر نتيجة مباشرة لذلك.

والقول بالضرر المباشر كإحدى الشرائط العامة للضرر القابل للتعويض، والتي اعتبرها الفقهاء مما يقتضيه المنطق، واطلق عليها تسمية الشرائط الفنية، وقالوا أن هذه الشريطة ترمي إلى تحاشي دعاوي التعويض التي تقوم على الأضرار المرتدة والتي إنما تكون تبعا للضرر الأول -المباشر- إنما لا تربطه بها علاقة السبب بالمسبب. وفي كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، فإن الضرر المباشر هو فقط الذي يعوض عنه(1).

والضرر المباشر يختلف في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية، ففي المسؤولية التقصيرية يعوض عن أي ضرر مباشر، سواء كان متوقعا أم غير متوقع، بينما في المسؤولية العقدية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم(2).

ومعيار الضرر المباشر يكمن في التعرف على ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي تولد عنه، لذا يميز بين الضرر المباشر والضرر المتوقع، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكنا توقعه. فيكون بذلك بمثابة ضرر مباشر، وأن كل ضرر متوقع يكون ضررا مباشرا، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضررا متوقعا(3)

---

(1) وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، مرجع سابق ، ج1، ص17.

(2) عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص768.

(3) المرجع السابق، ج1، ص1032.

2-الضرر غير المباشر: وهو الضرر الذي لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، فتنقطع رابطة السببية بينه وبين الخطأ ولا يكون المدعي عليه مسؤولا عنه(1).

وفي استعراضنا للضرر غير المباشر، لابد من التمييز بين حالة تعدد الأسباب المحدثة للضرر والتي استقر الفقه والاجتهاد في هذه الناحية على اعتماد نظرية السبب المنتج والتي قال بها الفقيه الألماني "فون كزيس"(2)، والتي باعتمادها نبتعد عن الخوض في مسألة تعدد الأسباب، والسبب المستغرق من بينها وتلك الغير مستغرقة، ومسألة تعدد الأسباب دون استغراق أي منها والتي فرق فيها الفقهاء بين تكافؤ الأسباب -أي الأخذ بها مجتمعة- وبين نظرية السبب المنتج وهي التي ما استقر الفقه على إتباعها.

ومؤدي هذه النظرية، أنه عند حدوث الأضرار –الضرر- فإنه يجب استعراض الأسباب المتعددة التي تدخلت في إحداث الضرر، وأن نميز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، ويجب الوقوف عند المنتجة منها واعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر وإلا لما وقع الضرر، وهذا ما يسمى بالسببية الطبيعية.

---

(1) المرجع السابق، ج1، ص1037.

(2) بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، مرجع سابق، ص242.

وكذلك يجب عند دراستنا للضرر، أن نميز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج، أو ما يسمى تعاقب الأضرار، إذ في حالة تعدد الأسباب الضرر واحد وإنما الذي تعدد هي الأسباب التي أدت إليه، بينما في الحالة الثانية -تسلسل النتائج- فإن السبب الواحد فصارت أضرارا متعددة، وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار فيعطي لكل حكمه، ويعمل ويؤخذ بالضرر المباشر ويترك الضرر غير المباشر.

ويعتبر الطب وتفرعاته من تشخيص وعلاج وعمليات جراحية مجالا رحبا لتطبيقات الضرر بكل أشكاله ومجالاته.

فهلاك المريض أو عجزه بأي شكل ضرر مباشر قد كان يتمخض عنه نتائج أخرى لا يمكن للطبيب أن يتوخاها. وهي أضرار غير مباشرة، وهذه سواء هلاك أو الأضرار الأخرى غير المباشرة إحداهما أو كلاهما قد تنتج من فعل الطبيب كسبب واحد وقد تدخل في إحداثها أسباب أخرى أو ما نسميه عوامل خارجية.

3-الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية: حيث أن العقد شريعة المتعاقدين، ويعبر بما ورد فيه صراحة أو ضمناً بما يقبله العقل عن إرادة عاقدية وذلك للحال والمستقبل، فكل مالم يعبر عنه المتعاقدان وفق ذلك لا يستحق أي تعويض.

والعبرة في تفسير إرادة المتعاقدين، إنما تكمن بما كان يمكن توقعه عقلا عند انعقاد العقد، فلا يسأل المتعاقد الذي أخل بالتزامه إلا عن الضرر المتوقع عقلا عند انعقاد العقد، إلا أنه إذا سار في تنفيذ التزامه بأسلوب الغش أو الخطأ الجسيم يلحق بالغش والتدليس، وفي هذه الحالة يلحق بقواعد المسؤولية التقصيرية.

والضرر بنوعيه المتوقع وغير المتوقع يقعان ضمن ما نسميه "الضرر المستقبل"(1) أي ما يقع مستقبلا أو ما قد يقع -احتمالا-، بينما غير المتوقع أيضا يدخل في دائرة المستقبل ولكن لم يدخل في الحسبان سببا أو مقدارا. إذن فالمسؤولية العقدية في مجال البحث عن أي ضرر متوقعا أو غير متوقع تنقلب رغم كونها عقدية أصلا إلى مسؤولية تقصيرية، وإذا اعترى العمل بالالتزامات المتكونة عن العقد الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقرب من الغش وكذا التدليس، وتكون مسؤولية المدين -وفق رأي بعض الفقه- عبارة عن عقوبة مدنية نص عليها القانون، وهنا يقع على الدائن عبء إثبات الخطأ الجسيم أو الغش الذي وقع من المدين وأدى إلى الضرر. وعلى المدين في مجال المسؤولية العقدية ليس فقط توقع الضرر بسببه وإنما بمقداره.

---

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص114.

وعليه فإن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد، فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت إلا أنه توقعه فيما بعد، فإنه لا يكون مسؤولا عنه؛ لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد.

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي، والضرر المتوقع هو الذي كان يمكن توقعه عادة. أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات.

فإذا أهمل الطبيب في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر فإن الضرر يعتبر متوقعا؛ لأن الشخص المعتاد لها يهمل في تبين هذه الظروف، إلا إذا كان عدم توقع الطبيب لضرر يرجع إلى فعل المريض مثل السكوت عن وضع لا يستبين للطبيب حتى مع اتباع أصول الفن الطبي في الكشف والتشخيص.

4- الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع في المسؤولية التقصيرية: يلتزم المسؤول بالتعويض عن الضرر المتوقع، لأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يعتبر مخالفا للنظام العام، فيتحمل الطبيب مسؤولية كل الضرر الذي يصيب المريض.

مثال ذلك: لو افترضنا أن لاعب كرة قدم تقدم إلى الطبيب لعلاج إحدى قدميه، وكان الطبيب عالما بمهنته -محترف- وفقد الرياضي قدمه، أو تعطلت عن أداء دورها كقدم لاعب كرة، فإن الطبيب هنا يتحمل المسؤولية عن كل الضرر الذي أصاب المريض باعتباره رياضي، الضرر يفقد أو يتعطل قدمه باعتباره شخصا عاديا، والضرر المتأتي من أهمية قدمه خلافا لأي إنسان آخر باعتباره لاعب كرة قدم وأهم أدوات اللعب -أي أهم جزء في جسمه-، هي قدماه، أما إذا كان الطبيب غير عالم بطبيعة عمل المريض الذي يعالجه وبالأهمية الخاصة لقدمه، وباعتبار قدميه أهم أجزاء جسمه، فإنه في حالة المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن تعويض الضرر الذي ينشأ من فقد أي شخص عادي لقدمه.

5-الضرر المحقق: تحقق الضرر شرط من شروط التعويض عن الضرر في المسؤوليتين، والضرر المحقق هو ما كان أكيدا سواء أكان حالا، أو كان مستقبلا حتمي الوقوع، والتعويض لا يكون إلا عن الضرر المحقق.

إن الضرر الحال هو الضرر الذي أصاب المضرور فعلا، وهو الذي يعوض عنه، أما الضرر المستقبل فللمضرور الرجوع على المدين عند تحققه أو أن يؤخره إجمالا إلى حين انتهاء ترتب النتائج يتوقف تفاقم المرض أو الضرر عند حد الوفاء أو الشفاء أو استقرار حال ما.

وتحقق الضرر هو أن يكون قد وقع فعلا، أو سيقع حتما(1)، لا بالبداهة ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر، بل لابد أن يكون الضرر ثابتا على وجه اليقين، واقعا ولو في المستقبل.

وقد قضت محكمة النقض المصرية(2) بأن احتمال حصول الضرر لا يصلح أساسا لطلب التعويض، بل يلزم تحققه. ومثال الضرر الذي وقع فعلا، أن يموت المريض أو يصاب بتلف أو نقص في جسمه نتيجة لخطأ الطبيب وبذلك يكون الضرر حال.

6-الضرر المستقبل: هو الضرر الذي سيقع حتما، ويكون التعويض فيه عما وقع من ضرر فعلا بسبب عجز المريض عن العمل في الحال، وأيضا عن الضرر الذي سيقع حتما بسبب هذا العجز، فإذا كان مما يستطيع القاضي أو الخبرة أن تقدره حالا فإنه يحكم به كاملا، وإلا فإن الضرر يتوقف تقديره على أمر مستقبل لا يزال غامضا، فالقاضي هنا أن يقدر التعويض وفقا للقول والرأي الموجود في الحال.

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص974.

(2) نقض جنائي 1947/6/16 المحاماه 28، رقم 241، ص749.

إلى جانب ذلك توجد حالات يرجع عدم إمكان تقدير الضرر فيها إلى أن المريض سيبقى عاجزا عن العمل كليا أو جزئيا طول حياته، ولا يعلم أحد في أي وقت يموت، فيمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقرر التعويض بصورة إيراد مرتب مدى الحياة.

7-الضرر الاحتمالي: وهو الضرر الذي لم يقع، ويكون عرضه للشك حول ما إذا كان سيقع مستقبلا أم لا، فلا يصح التعويض عنه، بل لابد من التريث إلى حين وقوعه لأنه ضرر غير محقق قد يقع وقد لا يقع، مثل ذلك أن يحدث الطبيب بخطئه في علاج أو جراحه نقصانا في وزن المريض، فهذا الضرر المحقق هنا هو نقصان الوزن، ويلتزم الطبيب إذا لم تكن الحالة والعلاج أو الجراحة تستوجب أو تستتبع ذلك بأن يعوض عن ذلك إذا كانت النسبة في النقص بما يغير من الشكل العام للمريض، ولكنه لا يلتزم بإعادة وزن المريض لما كان عليه إذا لم يكن من المحقق أن ذاك النقص سيؤدي إلى وفاته أو تعطله، وإنما يتربص صاحب الحق في التعويض إلى حين حدوث أي من ذلك ليتمكن من الرجوع على الطبيب المسؤول بالتعويض.

8-الضرر المتغير: وهو الضرر الذي لا يستقر في اتجاه بذاته، إنما يتحول تبعا لظروف طارئة بين فترة ارتكاب الخطأ، ونشوء الضرر.

مثال ذلك: إذا قام الطبيب بعملية جراحية فأخطأ فيها، ونجم عنها للمريض ضرر، بيد أن هذا الضرر غير نهائي فيمكن أن تتحسن حالة المريض، كما يمكن أن يتردى. ففي هذه الحالة، إذا تحسنت حالة المريض، معنى ذلك أن الضرر بادر بالتلاشي عما كان عليه وقت حدوثه، وقبل صدور الحكم. فالقاضي هنا يجب عليه أن يلاحظ عامل تحسن الضرر، كما أنه إذا تفاقم الضرر نحو التردي، كذلك يجب عليه أن يلاحظ ذلك، فهو في الحالتين عليه أن يتريث، وأن يحدد مقدار الضرر، بما وصل إليه وقت الحكم.

في نطاق المسؤولية الطبية والمسؤولية المدنية نجد أن علاقة السببية تحتل أهمية كبيرة، فبغير توافرها تنتفي عن الطبيب كل المسؤولية في الأخطاء المنسوبة إليه والضرر الذي لحق بالمريض.

ويمكننا تعريف الرابطة السببية بأنها: تواجد علاقة – رابطة – مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المسؤول، والضرر الذي أصاب المريض المضرور(1).

مما تقدم فإننا سوف نتناول فيما يلي نظريتي تعادل الأسباب، والسبب المنتج أو الملائم،

(1) عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص990.

ومن ثم نعرض إلى أسباب الاعفاء من المسؤولية.

-1-نظريتي تعادل الأسباب والسبب المنتج

أولاً: مفهوم نظريتا السببية:

1- نظرية تعادل الأسباب (Theoride I'equivalence de conditions):

تعرف نظرية تعادل الأسباب "السبب" بأنه: كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه ما حدث هذا الضرر، وهو ما يعني أن هذه النظرية تأخذ جميع الأسباب التي أحدثت الضرر في الاعتبار مهما كان السبب بعيدا(1).

فالضرر -وفقا لهذه النظرية- ما وقع إلا نتيجة لكل العوامل التي شاركت في إحداثه، وبالتالي فإنه يحدث نتيجة لكتلة من الأسباب، وبدون هذه الكتلة لا يمكن أن يقع الضرر، إذ في غياب جزء من هذه الكتلة امتناع لوقوع الضرر.

ويترتب على ذلك، أن هذه النظرية لا تقبل تقسيم المسؤولية بين الأسباب المتعادلة، وذلك على أساس عدم قابلية الضرر للانقسام، ولذلك فإن عدم نسبة خطأ لأحد محدثي الضرر معناه عدم وجود هذا الضرر كله، فهذا الخطأ هو السبب في كل الضرر، كما أن هذا الخطأ -من ناحية أخرى- لم يحدث الضرر كله دون خطأ الآخر، وبالتالي فإنه لا يستوعب كل السببية(2).

---

(1) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص193.

(2) محســـن البيه، التضامن والتضامم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 13، العدد 4، ديسمبر 1989، ص108.

وبعبارة أخرى، فإن كل سبب من الأسباب المتعادلة يعطي للسبب الأخر القدرة السببية، فكل سبب أمر لابد منه لحدوث الضرر وبدونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفاعلية.

وهذا ما يعبر عنه البعض(1) بالتقدير الكيفي للسببية، والذي لا يسمح – بخلاف التقدير الكمي لها – بتقدير حقيقة كل دور في إحداث الضرر، ومدى مساهمته فيها.

وهذا التقدير الكيفي للسببية هو ما ميز تلك النظرية، إذ أن من شأن الاعتداد بكافة الأسباب أيا كان قدر مساهمتها في إحداث الضرر اعتناق مفهوم واسع للسببية، وهو ما يدفع كل الأفراد إلى بذل الحرص والحذر، ومن ثم الحد من وقوع الأضرار؛ لأن كل شخص يعرف أن أي مساهمة منه في إحداث الضرر عليها مسؤوليته.

---

(1) Halbwachs: "Reflexion sur la causalite physique en les theories de la causalite th, paris, 1971, p.26.

كما يميز تلك النظرية كذلك أنها تسهل مهمة المضرور في الإثبات؛ لأن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يجب الاعتداد بها.

وعلى الرغم من تلك المزايا إلا أنه يؤخذ عليها توسعها في مفهوم السببية وما يؤدي إليه ذلك من عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذي يجب أن يسأل عنه فاعل الخطأ(1).

2- نظرية السبب المنتج أو الملائم (la theorie de la cause adequate) (2):

مؤدي نظرية السبب المنتج -والتي أخذ بها جانب كبير من الفقه المصري- ألا تقوم مسؤولية مرتكب الخطأ إلا إذا كان من شأن فعله في الظروف التي حصل فيها وفقا للمجرى العادي للأمور أن يحدثه.

ولذلك فإنه يجب –وفقا لهذه النظرية- التفرقة بين الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر للوصول إلى السبب المنتج، وهو السبب المألوف الذي يؤدي بحسب مجريات الأمور إلى إحداث الضرر. وإذا تم التوصل إلى هذا السبب، فإننا نستبعد باقي الأسباب العارضة أو الثانونية التي لا تؤدي – في العادة – إلى إحداث ضرر.

(1) عبد الرشـــيد مأمون، علاقة الســـببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص17.

(2) محمود دمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، 1978، ص565.

حيث جاء في قرار لمحكمة النقض برقم 356 تاريخ 1973/4/19 "إذا تعددت أسباب الحادث أخذت المحكمة بالسبب المنتج للحادث دون السبب العارض(1).

وإذا كانت هذه النظرية حاولت أن تعمد إلى السبب الأكثر تأثيرا من غيره في إحداث الضرر لتنوط به الرابطة بين الخطأ والضرر، إلا أنها في سبيل أن تحدد هذا السبب من بين مجموعة الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر كان لزاما عليها أن تلجأ إلى الفرض والتخمين، وتبتعد عن الجزم واليقين(2).

ثانياً: توافر الافتراض في نظريتي السببية: السببية في نظريتيها افتراضية؛ لأنها تعتد بواقعة إهمال مرتكب الخطأ، ولذلك فإن تقديرها في نطاق المسؤولية الطبية لا يقوم على استخدام مقياس فعلي؛ لأنه يستند على القيمة السببية لإهمال الطبيب، وهو -أي الإهمال- واقعه سلبية، دون أن تأخذ في اعتبارها الواقعة الإيجابية المتمثلة فيما صدر عنه من نشاط.

---

(1) مجلة المحامون، عدد 7، 12 لعام 1973، ص333 – 334.

(2) أشـــرف جابر، التأمين عن المســـؤولية المدنية للأطباء، دار النهضـــة العربية، القاهرة، 1999، ص150.

فالقاضي وهو بصدد تقدير تلك السببية، يسأل أولا: هل كان إهمال الطبيب وعدم تيقظه سببا -ملائما- لوقوع الضرر أم لا؟. وبعبارة أخرى، هل هذا المسلك يصدر عن طبيب وسط من نفس مستواه؟. ثم يفترض ثانيا: أن الضرر ما كان ليقع لو أن الطبيب كان أكثر حذرا وانتباهاً.

فتقدير السببية إذا، ليس فعليا، فهو مجرد افتراض؛ لأنه لا يستند على ما حدث وإنما على الذي لم يحدث، فالسؤال بخصوص واقعة لم تحدث ليس سؤالا واقعيا(1)، إذ كيف يتسنى للقاضي أن يعرف أنه إن كان الطبيب يقظا لم يكن الضرر ليصيب المريض بسبب أية واقعة أخرى محتملة كالاستعداد الذاتي للمرض لدى المريض.

وهذا القول يصدق على نظريتي السببية، فتطبيق الأولى -تعادل الأسباب- بفرض وضع السؤال الآتي: هل كان الضرر سيقع بدون خطأ؟. والإجابة بنعم أو لا تعتمد على فكرة الاحتمالات، وهذه الأخيرة تؤدي إلى غموض النتائج، ويخشى من هذه الحالة أن ينتهي الأمر إلى تحديد خطير، لأن القاضي يظل مجردا من الدليل الذي على أساسه يمكن تصور هذا الاحتمال واستخلاص

---

(1) Verpoll palmer: "Trois principes de la responsabilite sans faut" R.I.D.C. 1987, A, p.835.

النتائج.

أما الثانية -السبب الملائم- فلم تفعل أكثر من تقديم صياغه غامضة صحية التحديد بالنسبة لظروف الواقع، فعندما نتكلم عن الاحتمالات أو التوقع لا تعني شيئا؛ لأن أفكارا مثل هذه الأفكار قابلة للتقديرات المختلفة كما أنه في غاية الغموض.

على أنه يلاحظ، أنه إذا كان الفرض والتخمين كما أنها في نظريتي السببية، إلا أن درجته ليست واحدة فيهما، فهو في نظرية السبب الملائم أكثر ظهورا منه في نظرية تعادل الأسباب، حيث يقتصر في الأخيرة على تحديد الوقائع والعوامل المختلفة الضرورية لإحداث الضرر والتي لا يقع بدونها، في حين أنه يشمل في الأولى - فضلا عن ذلك - قدر ومدى الضرر الذي يحتمل أن يرتبه كل عامل من هذه العوامل(1).

ولا يحول دون القول بوجود الفرض والاحتمال في نظريتي السببية، أنهما ينطلقان من قاعدة يقينية وهي حصر مفهوم السبب في "كافة العوامل الضرورية" لإحداث الضرر - دون التمييز بينها - في نظرية تعادل الأسباب، أو قصر هذا المفهوم على العامل الضروري أو الفعال، لإحداث الضرر في نظرية الملائمة.

---

(1) إبراهيم الدســوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 10 العدد 3، 1966، ص174.

ثالثاً: ضابط علاقة السببية في الشريعة الإسلامي: يعتبر توفر علاقة السببية بين الخطأ النقدي والضرر هو الركن الثالث للضامن في الشريعة الإسلامية، وفي هذا الخصوص يمكن التمييز بين فرضين هما: الأول: هو وحدة السبب ووحدة الضرر، والثاني: هو تعدد الأسباب ووحدة الضرر.

1-وحدة السبب ووحدة الضرر: ذهب جانب من الفقهاء إلى أنه إذا لم يساهم في إحداث الضرر سوى سبب واحد، فإنه تنبغي التفرقة بين كون الطبيب مباشرا لهذا الضرر -كأن يجري الجراحة بنفسه ويخطئ- أو متسببا فيه -كأن يصف دواء خطأ للمريض-.

ففي الوضع الأول لا يضمن الضرر إلا إذا تعمده، وفي الوضع الثاني لا يضمن كذلك مادام نشاطه لم يرتفع إلى درجة المباشرة، ووفقا لهذا الاتجاه لا يسأل الطبيب أو الجراح عن خطئه –أي فعله غير العمد– في حالة المباشرة وإنما يسأل عما تعمده من ضرر(1).

والملاحظ على الحكم الذي يقرره هذا الاتجاه أنه يخالف القاعدة العامة في المباشرة والتسبب، والتي تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، وأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.

---

(1) محمد شرف الدين، الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص57.

وذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن الطبيب المباشر يضمن ثلث الدية عن الأضرار التي تترتب على تدخله العلاجي أو الجراحي؛ لأن فعله جناية خطأ، بخلاف الطبيب الذي يقتصر دوره على التسبب في الضرر؛ لأنه لا يضمن في ماله، وإنما يقع الضمان على عاقلته أو بيت المال إن لم تكن له عاقله، فإن لم يوجد بيت مال، فالأشهر سقوط الدية(1).

2-تعدد الأسباب ووحدة الضرر: ويمكن التمييز في هذا الفرض بين حالتين:

أ- الحالة الأولى: وهي تعدد المباشرين أو تعدد المتسببين لو اجتمعا: ذهب جمهور الفقهاء، في هذه الحالة إلى وجوب ترجيح الفعل الأقوى عند تعدد المباشرين أو بالسبب الأقوى عند تعدد المتسببين لو اجتمعا، وهو ما يقابل نظرية السبب المنتج في الفقه القانوني.

وفي ذلك يقول صاحب مغني المحتاج(2): "لو تعاقب سببا هلاك- فعلى الأول منهما في التلف لا الوجود بالقوة"،

---

(1) ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، مرجع سابق، ص144.

(2)محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، ج4، ص87.

وتطبيقا لذلك فإنه إذا ساهم مع فعل الطبيب سببا آخر في إحداث الضرر فلا ضمان عليه -وفقا لهذا الرأي-، إلا إذا كان فعله يمثل السبب الأقوى أو المنتج لإحداث الضرر، ولو لم يكن هو الأسبق في الوجود.

وذهب جانب آخر إلى ضرورة ترجيح السبب الأسبق في الوجود، وهو ما قرره صاحب الروضة البهية بقوله: "ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا"(1).

وترتيبا على ذلك، فإن الطبيب يكون ضامنا جريرة فعله -وفقا لهذا الرأي- ولو ساهم معه في إحداث الضرر سبب أجنبي إذا كان هذا الفعل أسبق في الوجود.

ب- أما الحالة الثانية: فهي تعدد المباشرين أو المتسببين وصدور أفعال من طبيعة واحدة عنهم في وقت واحد، وفي هذه الحالة يضمن الجميع بالتساوي ويستند هذا الحكم إلى ما قرره الجمهور من أنه إذا اشترك جماعة في قتل واحد فإنهم يقتلون به جميعاً(2).

---

(1)السيد زين الدين بن علي الجبعي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، دار الكتاب العراقي، ج2، ص7.

(2) مغني المحتاج، مرجع سابق ، ج 4، ص12.

وعلى ذلك، لو أن جراحا استأصل عضوا لمريض لم يكن في حاجة إلى تلك الجراحة -نتيجة نصيحة طبيبه المعالج له بذلك- فإن الجراح يعد مباشرا للإتلاف، والطبيب المعالج يعد متسببا فيه، وتطبيقا لقاعدة "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المتسبب" فإن الضمان يكون على الجراح دون الطبيب المعالج الذي اقتصر دوره على التسبب في حدوث الضرر(1).

خلاصة ما تقدم، أنه لا خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في ضرورة توافر علاقة السببية بين خطأ -أو تعدي الطبيب- وبين الضرر الذي يصيب المريض. كما يتفق الرأي الراجح في الفقه القانوني على ما يقرره جمهور الفقهاء من ترجيح السبب الأقوى عند تعدد أسباب الضرر المتعاقبة ذات الطبيعة الواحدة، ولا يبقى إلا أن نقر بما ذهب إليه بعض الفقه(2) "أنه ليس هناك ما يحول دون الأخذ بنظرية تعادل الأسباب، في نطاق المسؤولية الطبية". وهو ما يأخذ به جمهور الفقهاء في حالة تعدد الأسباب ذات الطبيعة الواحدة وصدورها في آن واحد، لما يؤدي إليه ذلك من جعل الطبيب أكثر حذرا ويقظة في عمله.

---

(1) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1989، ص178.

(2) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، مرجع سابق، ص196.

رابعاً: معيار السببية في القانون: **بالرغم من صعوبة الوصول إلى ضابط سليم في علاقة السببية بصدق في جميع المناسبات والظروف، إلا أن المشرع الليبي -على سبيل المثال- مافتى أن وضع تعريف له في نص المادتان (57-58) من قانون العقوبات الليبي(1) وفي تفسير هذه النصوص يذهب شراح قانون العقوبات الليبي إلى أن المشرع قد أخذ بنظرية السبب الملائم(2).**

فوفقا لنص المادة 58 عقوبات تعتبر علاقة السببية قائمة إذا كان الفعل أو الامتناع يصلح في الظروف التي وقع فيها لإحداث النتيجة، أما إذا كانت النتيجة لا تنسب إلى سلوك الجاني بأن كانت ترجع إلى سبب كاف وحده لوقوعها، لأن رابطة السببية بين فعل الجاني أو امتناعه والنتيجة التي حصلت تكون منتفيه. وهذا الاتجاه أكدته المحكمة العليا في الكثير من أحكامها، فقررت أن "مقترف الفعل يكون مسؤولا عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التي أحدثها

([1]) تنص المادة 57 عقوبات "لا يعاقب أحد على فعل يعتبر جريمة قانونا إذا كان الضـــرر أو الخطر الذي يترتب عليه وجود الجريمة لم ينشأ عن عمله أو تقصيره، وتطبق على الممتنع أحكام الفاعل إذا لم يحل دون وقوع حادث بفرض القانون الحيلولة دون وقوعه.

([2]) أحمد عبد العزيز الألفي، شـــرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، بنغازي 1969، ص219 وانظر:محمد ســـامي النبراويK شـــرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، بنغازي، 1972، ص125.

ولو كانت عن طريق غير مباشر بالتراضي في العلاج أو الإهمال مالم يثبت أن المجنى عليه كان متعمدا تجسيم المسؤولية. وتعتبر الإصابة سببا كافيا وملائما لأحداث النتيجة المعاقب عليها بحكم التسلسل الطبيعي للأحداث في المألوف من الأمور، ويعتبر إهمال العلاج الذي يدعيه الطاعن متى كان عاديا أو مألوفا سببا عارضا لها وزن له في حساب المسؤولية. فإذا كان الإهمال في العلاج جسيما أو متعمدا ففي هذه الحالة تنقطع رابطة السببية وتكون العوامل الأخرى أقوى أثرا وأظهر فعلا، وبمقدار جسامة إهمال المجني عليه تتضاءل قيمة الإصابة في ذاتها وتضعف رابطة السببية التي تربطها بالنتيجة النهائية"(1).

وفي حكم آخر قررت القاعدة "أن المتهم لا يؤخذ إلا على نتيجة فعله أو تلك التي يحتمل أن تسبب منه وفقا للمجرى العادي للأمور. وليست الأسباب التي اقتحمت سلسلة وقائع الحادث من الأمور العادية التي يمكن احتمال حدوثها"(2).

---

(1) جلسة 30 يونيو 1970 مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد الأول، ص187، وانظر: جلسة 23 مارس 1971 مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد الرابع، ص175.

(2) جلسة 18 يونيو 1960، مجلة المحكمة العليا، ج2، ص325.

-2-أسباب الإعفاء من المسؤولية

قد لا يقع الضرر الذي يصيب المريض نتيجة خطأ الطبيب وحده؛ إذ قد تساهم عوامل أخرى في ذلك، وهو ما قد يترتب عليه انتفاء مسؤولية الطبيب نتيجة تدخل تلك العوامل، أو بعبارة أخرى نتيجة حدوث الضرر بفعل السبب الأجنبي، وهذا قد يتحقق في العديد من الصور.

قد ترجع إلى خطأ المريض، أو فعل الغير، أو القوة القاهرة، فهذه الصور الثلاث للسبب الأجنبي التي يمكن أن تؤثر على مسؤولية الطبيب، وسوف نتناولها فيما يلي:

أولاً: خطأ المريض: وله صورتان، فقد يستغرق أحد الخطأين الأخر وقد لا يستغرقه، فهاتان صورتان، لاجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب.

1- الصورة الأولى: استغراق أحد الخطأين الأخر: وهذه الصورة لها ثلاث فروض:

أ- الفرض الأول: حيث يكون أحد الخطأين متعمدا، فالمبدأ هنا هو أن من تعمد إحداث الضرر كان خطؤه هو السبب الوحيد، وبالتالي تحمل -وحده- كل أثار هذا الخطأ.

فقد يقع الخطأ العمدي من الطبيب، فيكون وحده المسؤول عن تحقق الضرر، حتى ولو ساهم المريض بخطئه في ذلك، كأن يتعمد الطبيب عدم متابعة المريض بعد إجراء جراحة له، وإهمال المريض -في ذات الوقت- تناول العلاج، مما يترتب على ذلك وفاة هذا الأخير، ففي هذا الفرض يعد الطبيب وحده مسؤولا عن هذا الضرر رغم مساهمة المريض بخطئه في ذلك(1).

وعلى العكس من ذلك، فقد يكون المريض هو الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه، وفي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عن الطبيب، وقد يقع ذلك إذا تناول المريض متعمدا -بقصد الانتحار- جرعات زائدة من العلاج عن القدر الذي حدده له الطبيب(2).

ب- أما الفرض الثاني: وهو الذي يقع فيه الضرر برضاء المريض -المضرور-، فالقاعدة هنا أن رضاء المريض لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ، فموافقة المريض على إجراء جراحة جديدة وخطيرة تمثل خطأ من جانبه، لكنها لا تخلع عن الطبيب صفة الخطأ وتبقى مسؤولية كاملة(3).

---

(1) سعد سالم العسبلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، جامعة قاريونس، بنغازي، 1994، ص280.

(2) هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى "بأن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا في ذاته لإحداث النتيجة" نقض جنائي 25 ابريل 1966، مجموعة أحكام النقض الجنائي 475/17.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص33.

ج- أما الفرض الثالث: حيث يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر، ففي هذا الفرض إما أن يكون خطأ المريض ناتجا عن خطأ الطبيب، وإما أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لخطأ المريض، فحيث يقع خطأ المريض كنتيجة لخطأ الطبيب، يكون خطأ هذا الأخير مستغرقا لخطأ الأول، وبالتالي لا يكون لخطأ المريض أي أثر على تحقق مسؤولية الطبيب. ومثال ذلك، تناول المريض العلاج بطريقة خاطئة بناء على توصية الطبيب بذلك مما يترتب عليه تفاقم حالته، وبالمقابل فإنه حيث يكون خطأ الطبيب نتيجة لخطأ المريض تنتفي مسؤوليته بذلك لاستغراق خطأ المريض خطئه(1)، ومثال ذلك أيضاً أن يصف الطبيب للمريض علاجا لا يتناسب مع حالة المريض بناء على أعراض غير صحيحة ذكرها هذا الأخير.

2- الصورة الثانية: عدم استغراق أحد الخطأين الآخر (الخطأ المشترك): وفي هذه الصورة يعد خطأ المريض سببا مخففا لمسؤولية الطبيب، حيث ساهم بخطئه بقدر ما في وقوع الضرر، بحيث يمكن القول أن للضرر سببين متميزين: خطأ المضرور وخطأ المسؤول، ويتم توزيع عبء التعويض بينهما في هذه الحالة كل بقدر مساهمته في إحداث الضرر(2).

---

(1) عبد الرزاق توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص277.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1997، ج1، فقرة 371، ص378. ولمزيد من التفصيل في الخطأ المشترك، انظر : محمد شتا أبو سعد، الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، غير مذكور سنة النشر، ص152.

ثانياً: فعل الغير: والمقصود بالغير: هو كل شخص غير المضرور وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم قانونا(1).

فقد يقع الخطأ في نطاق المسؤولية الطبية من جانب طبيب آخر غير الطبيب المدعي عليه، وبالتالي يكون لهذا الأخير دفع مسؤوليته بفعل الغير.

وعلى ذلك، فإن الضرر الذي يقع بفعل أحد الأشخاص الذين لا يسأل المدين قانونا عنهم لا يعد سببا أجنبيا يعفي به الأخير من مسؤوليته، لأنه يعد صادرا عن المدين شخصيا كما هو الحال بالنسبة لتابعي الطبيب مثلا.

وقد ثار الخلاف حول ضرورة تحديد شخص الغير، فذهب جانب من القانون(2)، إلى التمييز بين فعل الغير وخطأ الغير،

---

(1) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، مرجع سابق، ص114.

(2) سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص418.

ففي حالة ما إذا دفع المدين مسؤولية بفعل الغير فلا يلزم تحديد شخص هذا الغير، أما في حالة ما إذا دفع المدين مسؤوليته بخطأ الغير، فإنه يتعين تحديد شخص هذا الغير.

غير أن غالبية الفقه القانوني(1) يذهب بحق إلى عدم ضرورة تحديد شخص الغير؛ لأن مناط إعفاء المدين من المسؤولية هو مجرد وقوع الضرر بسبب آخر خارج عنه، هو فعل شخص من الغير أيا كان هذا الشخص، أما تحديد هذا الأخير فيتعلق بأمر آخر بعيد عن وقوع الضرر بفعل المدعي من عدمه.

ويختلف أثر فعل الغير على الطبيب بحسب ما إذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، أو ساهمت معه أسباب أخرى.

فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، فإن المدعي عليه -الطبيب- يكون بمنأى عن أي صلة بالضرر؛ لانتفاء علاقة السببية بين خطئه وبين هذا الضرر. أما إذا كان فعل الغير هو أحد أسباب متعددة ساهمت في وقوع الضرر -وهو ما يحدث كثيرا في نطاق المسؤولية الطبية- حين يساهم إلى جانب خطأ الطبيب المدعي عليه خطأ طبيب آخر في إحداث الضرر فإنه يلزم أن نفرق بين من يلتزم بالتزام تعاقدي في مواجهة المدعي -المضرور- وبين من تربطه بهذا الأخير رابطة تعاقدية.

---

(1)عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، مرجع سباق ذكره، ج1، ص897. وانظر: عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، مرجع سابق، ص117.

ففي النطاق التعاقدي -ووفقا للقواعد العامة- لا يكون هناك تضامن بين المدينين بغير اتفاق خاص، فإذا تعهد العديد من الأطباء إجراء جراحة لمريض – في إطار الالتزام التعاقدي – فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يطالب أيا منهم بالتعويض كاملا لانتفاء التضامن بينهم، وذلك مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، ولذلك لا رجوع له على أي منهم إلا بقدر نصيبه.

أما في النطاق التقصيري للمسؤولية، فإننا نكون بصدد تضامن قانوني بين المدينين(1)، ومن ثم فإن للمضرور أن يرجع على أي منهم بالتعويض كاملا مادام أن خطأ أي منهم لم يستغرق خطأ الآخر، ثم يقوم بعد ذلك من دفع التعويض بالرجوع إلى الآخرين.

وتتفق الشريعة الإسلامية مع الفقه القانوني في اعتبار خطأ الغير سببا معفيا من المسؤولية.

وقد زخرت فروع الفقهاء بما يفيد ذلك من ذلك قولهم: "أن من حفر بئرا تعديا وأوقع فيه شخص شيئا فهلك، فإن المردي قدم في الضمان على الحافر، لأنه مباشر ومقدم على المتسبب"(2).

([1]) تنص المادة (169) من التقنين المدني المصـــري على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضـــامنين في التزامهم بتعويض الضـــرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصـــيـــب كـــل منهم في التعويض" القانون المدني وفقا لآخر تعديلاته 2000، دار ملتقى الفكر، الاسكندرية.

([2])محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص278..

وترتيبا على ذلك، فإن الضمان يرتفع عن الطبيب بقدر مساهمة الغير في إحداث الضرر، ويتفاوت مقدار الضمان الذي يرتفع عن الطبيب بحسب جسامة الخطأ المرتكب من الغير(1).

ثالثاً: القوة القاهرة: قد تنتفي علاقة السببية بين الخطأ الصادر عن المدين -الطبيب-، والضرر الذي أصاب الدائن -المريض- بعيدا عن تدخل أي شخص، كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة، ويترتب على توافرها إعفاء المدين -الطبيب- من أي مسؤولية، وهي تعد سببا للإعفاء من المسؤولية سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية.

([1]) عبدالراضي هاشم، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص206.

1-المقصود بالقوة القاهرة وشروطها: وتعرف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي(1) بأنها: "حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، ويؤدي مباشرة إلى حصول الضرر مباشرة"(2).

في ضوء هذا التعريف للقوة القاهرة يمكن تحديد شروطها، وهي تنحصر في ثلاثة شروط:

أ- عدم نسبة القوة القاهرة إلى المدين: وقد عبر عن هذا الشرط المشرع المصري في المادة (165) من التقنين المدني بقوله "سبب أجنبي لا يد له فيه"(3).

([1]) ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت القوة القاهرة تتميز عن الحادث الفجائي أم أنهما مترادفان لهما نفس الحقيقة، وقد انقسم الفقه في هذا الخصوص إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: يذهب إلى ضرورة التفرقة بينهما، وفي محاولة لتدعيم هذا النظر، لم يستقر هذا الرأي على أساس لتلك التفرقة، فتارة يقرر أن الحادث الفجائي هو حادث طبيعي، بينما القوة القاهرة لا دخل للطبيعة في تحقيقها، وإنما هي صادرة عن شخص آخر بخلاف الشخص المدعي عليه من قبل المضرور، وتارة أخرى يقرر أن القاهرة حادث لا يمكن مقاومته فهو حادث فجائي، أما الاتجاه الثاني: والذي يذهب إلى وحدة كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي، فيرتكز في ذلك إلى عدم وجود أي أثر قانوني يمكن أن يترتب على إجراء تلك التفرقة بينهما – وعلى حد قول الأستاذ الدكتور – سليمان مرقص في مؤلفه (شرح القانون المدني- الجزء الثاني في الالتزامات – الطبعة الثانية سنة 1992، ص367) أن "الحادث الجبري والقوة القاهرة تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه، يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام" وهذا الاتجاه الثاني هو ما يأخذ به الرأي الغالب في الفقه في مصر.
(السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص876. وانظر: سليمان مرقص، نفس المرجع السابق، ص367. وانظر: عبد الرشيح مأمون، عقد العلاج، مرجع سبق ذكره، ص93).

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط، مرجع سبق ذكره، ص876.

([3]) القانون المدني المصري وفقا لآخر تعديلاته، دار ملتقى الفكر، الاسكندرية، 2000، ص35.

ويقصد بهذا الشرط أنه حادث فجائي عن تدخل المدين، ولهذا فإن الأمر الذي يتصل بالمدين يعتبر سببا داخليا لا يمكنه الاحتجاج به، ومن ذلك احتجاج المدين -الطبيب- بقصور الأشياء -الأدوات الطبية- أو الأشخاص تابعي الطبيب الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه.

ب- عدم استطاعة التوقع: يشترط فضلا عن عدم نسبة الحادث إلى المدين، ألا يكون من الممكن توقعه؛ لأن عدم توقع المدين له مع إمكانية ذلك، يجعله مخطئا لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادث.

وعدم التوقع ينصب على الوقائع الاستثنائية دون المعتادة، فهذه الأخيرة يجب أن يتوقعها المدين دائما، ومن أمثلة ذلك، أن يصور تشريع يحظر استيراد بعض المعدات الطبية أو الأدوية من الخارج(1)، فمثل هذه الوقائع من الممكن توقعها، ولذلك لا تعد من قبيل القوة القاهرة، ويمتنع على الطبيب أن يتمسك بها لدفع مسؤوليته.

ويختلف الوقت الذي يعتد فيه بعدم إمكان التوقع بحسب ما إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، ففي الأولى تكون العبرة بوقت إبرام العقد بين المريض أو ذويه مع الطبيب، في حين تكون العبرة في الثانية بوقت وقوع الحادث -النشاط الطبي المنتج للضرر-.

---

(1) سعد سالم العسبلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، مرجع سابق، ص292.

ج- الشرط الثالث: استحالة الدفع: يشترط أخيرا في الحادث الذي يعد قوة قاهرة أن يستحيل دفعه، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو معنوية، بحيث يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً(1).

ومثال الاستحالة المادية أن يشب حريق هائل في المستشفى قبيل إجراء الطبيب العملية الجراحية للمريض، ومثال الاستحالة المعنوية أن يموت عزيز لدى هذا الطبيب يجعل إجراء تلك الجراحة أمرا مستحيلاً(2).

والاستحالة التي تترتب على القوة القاهرة هي الاستحالة المطلقة، وليست مجرد الاستحالة النسبية، وهي – أي الاستحالة المطلقة – التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكل شخص وجد في نفس ظروف المدين، وهو ما تستقل محكمة الموضوع بتقديره وفقا لما تستظهره من أوراق الدعوى(3).

([1])السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص589.

([2]) المرجع السابق، ص589.

([3]) وهو ما أكدته محكمة النقض المصـرية – في حكم لها حيث قررت أنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشـترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واسـتحالة دفعه، وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها" طعن مدني رقم 969 لسنة 47 بتاريخ 27 مارس 1980.

2-أثر القوة القاهرة على مسؤولية الطبيب: يختلف أثر القوة القاهرة على مسؤولية الطبيب بحسب ما إذا كانت هي السبب الوحيد للضرر، أو اشترك معها سبب آخر كخطأ الطبيب.

أ- ففي الحالة الأولى: تنتفي رابطة السببية، ومن ثم تنتفي مسؤولية الطبيب، وقد يقتصر الأمر على مجرد وقف تنفيذ الالتزام لحين زوال المانع.

ب- أما في الحالة الثانية(1): فإن اشتراك خطأ الطبيب مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، يجعله مسؤولا مسؤولية كاملة؛ لأن خطئه كان سببا في وقوع الضرر، ولا يمكن أن يسأل أحد غيره؛ لأن الذي ساهم معه في إحداث الضرر هي القوة القاهرة(2).

(1) عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، مرجع سابق، ص110.

(2) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان لأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، غير مذكور سنة النشر، ص33.

الفصل الخامس

المستجدات الحديثة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الاحياء

يشهد العالم الآن أعظم مظاهر التقدم والتطور العلمي في مجال الطب، والذي أصبح الطب بفضله أكثر فاعلية وطموحا، كما أنه أصبح أكثر قوة وأكثر أهمية وتأثيراً. إلا أن عددا كبيرا من هذه التطبيقات الحديثة تثير العديد من المشاكل، وتطرح العديد من التساؤلات على علماء الفقه والقانون والطب والمجتمع ككل. وتتعلق هذه التساؤلات بآثار هذه الطرق الحديثة على حياة الإنسان وتأثيرها على المجتمع، ومدى ملائمتها للتشريعات والقوانين التي تنظم حياة الإنسان.

ومن الإكتشافات الحديثة في علم الطب التي أثارت الكثير من التساؤلات واذهلت المجتمع ورجال الدين والقانون موضوع "الموت الدماغي" وانتشار عمليات نقل الأعضاء من المتوفين دماغياً وزرعها للأحياء. وكذلك مسألة التلقيح الصناعي أو الإنجاب بمساعدة طبية، وما أحدثه من ثورة كبيرة وتطور سريع في طرق الإنجاب.

فبرزت عدة تساؤلات حول جدوى هذه التقنيات الحديثة، وأثيرت عدة مشاكل على مستوى الأخلاق والدين والقانون وبعثت هيئات أخلاقية للتفكير والإدلاء بآرائها حول هذه التقنيات وطرق استعمالها وذلك لتعتمد في إصدار القوانين والتشريعات الملائمة لها.

لذا فإننا سوف نتناول في هذا الفصل موضوع موت الدماغ ونقل الأعضاء إلى الأحياء، وذلك في المبحث الأول. أما المبحث الثاني فيتناول موضوع استئجار الأرحام بين الشريعة والقانون، وذلك بصفته أحد المستجدات التي طرأت علينا نتيجة للتطور الكبير الذي شهده مجال التلقيح الصناعي، وهناك موضوع آخر ألا وهو موضوع "تجميد البويضات والحيوانات المنوية"، وهو ما سوف نتناوله في المبحث الثالث من هذا الفصل تحت عنوان تجميد البويضات والحيوانات المنوية بين الشريعة والقانون.

المبحث الأول موت الدماغ ونقل الأعضاء إلى الأحياء

يكتسب تحديد لحظة وفاة الإنسان أهمية كبيرة؛ لما يترتب على ذلك من آثار ونتائج عديدة، سواء على الصعيد الطبي أو القانوني أو الأخلاقي أو الشرعي. وقد زاد من هذه الأهمية في المجال الطبي النجاح الهائل الذي حققته عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والحاجة إلى الأعضاء البديلة من جثث المتوفيين حديثًا، وكذلك التقدم التقني والطبي، لذا فقد اتجه الأطباء إلى الأخذ بموت الدماغ كعلامة على الموت الحقيقي للإنسان.

وقد ثار جدل حاد في الأوساط الطبية والقانونية والشرعية حول الأخذ بموت الدماغ بما فيه من المراكز العصبية الحيوية الهامة والمتعلقة بوظائف القلب والرئتين والذاكرة.

كما أنه وبعد اختراع أجهزة الإنعاش الصناعي وما كان لها من أثر في إطالة حياة المريض مرض الموت، أصبحت الحاجة ماسة إلى تحديد لحظة حدوث الموت، ووضع حد لجهود الأطباء في إنعاش شخص لا أمل في عودته إلى الحياة الطبيعية العادية.

وما تفرع عن هذه القضية من مسألة خلافية أخرى تتعلق بمدى جواز إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن الشخص الذي قرر الأطباء موت دماغه دون أن تترتب عليهم أية مسؤولية.

وبناء على ذلك سوف نتناول في هذا المبحث موضوع "الموت الدماغي" وحكمه الشرعي والقانوني، ومدى جواز نقل الأعضاء من الشخص الميت دماغياً وزرعها لشخص أخر حي في حاجة إليها.

-1-مفهوم الموت وعلاماته

إن الموت ليس واقعة طبية فحسب، بل حقيقة دينية فلسفية، وواقعة قانونية، وحالة اجتماعية، ولا تختلف في ذلك الحضارات الإنسانية أو الأديان(1).

والموت والحياة صفتان وجوديتان نقيضتان، فلا تجتمعان في آن واحد، ولا يخلو الإنسان من إحداهما، فهو إما حي أو ميت، ولا سبيل إلى قسم ثالث. فما هو الموت؟، وما هو الضابط في ذلك؟.

أولاً: تعريف الموت: الموت ضد الحياة، فيقال مات الحي موتًا: فارقته الحياة. وأصل الموت في لغة العرب السكون، وكل ما سكن فقد مات، وإذا كان السكون أصل الموت في لغتنا فإن الحركة أصل الحياة(2).

([1]) خالد يونس، الموت الإكلينيكي بين الوهم والحقيقة، مجلة مكتوب، مدونات، الزاوية الحرة، عدد الثلاثاء 20 مارس 2007.

([2]) المعجم الوسيط، طبعة دار إحياء التراث، مادة موت. وانظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، مادة موت.

وقد ورد ذكر الموت في القرآن الكريم بمعان مختلفة، فقد يراد به زوال القوة النامية الموجودة في الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات، كما في قوله تعالى: {لِنُحْيِيَ بِهِ بَلْدَةً مَّيْتاً وَنُسْقِيَهُ مِمَّا خَلَقْنَا أَنْعَاماً وَأَنَاسِيَّ كَثِيراً}[الفرقان:49]. وقد يراد به الموت الفكري وزوال القوة العاقلة، وهي الجهالة، نحو قوله تعالى: {أَوَ مَن كَانَ مَيْتاً فَأَحْيَيْنَاهُ ...}[الأنعام:122]، وقوله جل شأنه: {إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ الْمَوْتَى وَلاَ تُسْمِعُ الصُّمَّ الدُّعَاء إِذَا وَلَّوْا مُدْبِرِينَ}[النمل:80].

وقد يراد به النوم، وسماه الله تعالى توفيًا وإياه قصد بقوله: {اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }[الزمر:42]. وقد يعني زوال القوة الحساسة كما في قوله تعالى: {وَيَقُولُ الْإِنسَانُ أَئِذَا مَا مِتُّ لَسَوْفَ أُخْرَجُ حَيّاً }[مريم:66].

ولكن المعنى الذي اتفقت عليه الحضارات الإنسانية وأكدت عليه الآيات القرآنية والأدلة الشرعية وذكره الفقهاء في كتبهم -والذي يعنينا هنا في هذا البحث-، هو أن الموت يراد به مفارقة الروح للجسد .فإذا كان الموت ضد الحياة وكانت الحياة تحصل بنفخ الروح، فإن الموت يحصل وتنتهي الحياة بالنسبة للإنسان بمفارقة روحه لبدنه(1).

1- تعريف الموت في الشريعة الإسلامية: هو ضد الحياة، وهو مفارقة الروح للبدن مفارقة تامة، أي انقطاع الحياة عن البدن انقطاعاً تاماً(2).

وهنا نلاحظ أن الفقهاء لم يعرفوا الموت تعريفاً دقيقاً، وإنما عرفوا الموت بأنه ضد الحياة، والحياة ضد الموت، والحد الفارق بينهما وجود الروح أو خروجها، فإن وجدت الروح في الجسد كان حياً، وإن فارقته كان ميتاً(3).

([1]) خالد بن علي المشـــيقح، المســـائل الطبية والمعاملات المالية المعاصرة، القسم الثاني، من دروس الدورة العلمية بجامع الراجحي ببريدة لعام 1425هـــــ، ص 16. وانظر: ســـيد قطب، في ظلال القرآن، مطبعة دار الشروق، 1978م، ج1، ص298.

([2]) الشـــيخ نظام ومجموعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، بيروت، دار المعرفة، ط2، 1393هـــــ، 157/1. وانظر: النووي، المجموع شـــرح المهذب، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية، 317/3. وانظر: ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، 367/3.

([3]) ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، دار الفكر، دمشق، ص84.

2- تعريف الموت في القانون الوضعي: الموت هو انتهاء حياة الإنسان، فحياة الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وتنتهي بوفاته(1). ولئن كان الإنسان يتمتع بالشخصية القانونية التي أسبغها عليه المشرع إلا أن هذه الشخصية تنتهي بوفاة هذا الإنسان.

ونلاحظ أن القوانين الطبية العربية حرصت على عدم تعريف المقصود بالموت في القانون، وهذا على أساس أن تعريف الموت مسألة طبية بالدرجة الأولى، ومن ثم فلا يجوز للمنظم أن يتدخل في تحديدها بقواعد تنظيمية، وهو الاتجاه الذي سلكه القانون الطبي الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976م المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية الذي سكت عن تعريف الموت، وفضل أن يتم ذلك بأداة تنظيمية أكثر مرونة، بحيث يمكن تعديلها تبعا للتطورات الطبية، ولهذا جاء في المادة 4/4 من القانون الطبي الفرنسي: "أن اللائحة التي ستصدر يجب أن تتضمن إجراءات طرق التأكد من الوفاة".

---

(1) وفقاً لنص المادة (30) من القانون المدني الأردني الفقرة الأولى.

وقد أوضح الدكتور منذر الفضل هذا بقوله: "بأن عزوف الشراح والفقهاء القانونيين عن الخوض في مسألة الموت يعود لتعلقها بالروح، والروح من أمر الخالق، ولهذا تركوا أمر بحثها إلى فقهاء الشريعة الذين أولوها الكثير من الاهتمام والدراسة لتعلقها بنواح شرعية على جانب كبير من الأهمية نظمها قانون الأحوال الشخصية"(1).

3- تعريف الموت عند الأطباء: يعد الشخص الذي يتوقف عنه التنفس وضربات القلب ميتاً.

وفي التعريف الطبي الجديد وبعد توفر أجهزة الإنعاش فيقصد بالموت: "توقف القلب والتنفس مدة من الزمن كافية لحدوث تغيرات في الجسم تمنع العودة إلى الحياة، وتقدر بخمس دقائق".

ثانياً: علامات وشروط الموت: للموت بعض العلامات منها:

1- علامات وشروط الموت في الشريعة الإسلامية(2): للموت سكرات وعلامات تنبئ بخروج الروح، وقد ورد ذكر هذه العلامات في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومجمل هذه الآيات والأحاديث إنما تدل على أن الموت يكون بخروج الروح، وأن خروجها تصاحبه حالة شدة سميت "سكرات الموت"، وأنها من شدتها تؤدي إلى غياب المحتضر عن الوعي.

---

(1) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1994، ص142.

(2) عبد الحميد الشواربي، المسائل الجنائية في الطب الشرعي، دار المعارف، الإسكندرية، ص25.

قال تعالى: {وَجَاءتْ سَكْرَةُ الْمَوْتِ بِالْحَقِّ ذَلِكَ مَا كُنتَ مِنْهُ تَحِيدُ}[ق:19]، وقوله تعالى: {...رَأَيْتَ الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ يَنظُرُونَ إِلَيْكَ نَظَرَ الْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنَ الْمَوْتِ فَأَوْلَى لَهُمْ}[محمد:20]. وقوله سبحانه: {...فَإِذَا جَاء الْخَوْفُ رَأَيْتَهُمْ يَنظُرُونَ إِلَيْكَ تَدُورُ أَعْيُنُهُمْ كَالَّذِي يُغْشَى عَلَيْهِ مِنَ الْمَوْتِ}[الأحزاب:19].

أما إذا ما خرجت الروح وحل الموت كان السكون والخمود، قال تعالى: {إِن كَانَتْ إِلاَّ صَيْحَةً وَاحِدَةً فَإِذَا هُمْ خَامِدُونَ}[يس:29]، فالخمود: سكون الجسد وخلوه من الحركة والتنفس أو أية علامة للحياة.

ومن علامات الموت أيضا عدم الكلام، قال تعالى: {وَكَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُم مِّن قَرْنٍ هَلْ تُحِسُّ مِنْهُم مِّنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزاً}[مريم :98]، والركز: هو الصوت الخافي.

وتوضيح هذه الحالة إذا سكت النبض، وتوقف القلب توقفا تاما، وشخص البصر، واقشعر الجلد، وحشرج الصدر، وتشنجت الأطراف.

وقد روي عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: "دخل رسول الله ﷺ على أبي سلمة وقد شق بصره، فأغمضه ثم قال: "إن الروح إذا قبض تبعه البصر"(1).

وقال النووي رحمه الله في شرحه لهذا الحديث: "إنه إذا خرج الروح من الجسد يتبعه البصر، وأن الروح أجسام لطيفة متخللة في البدن، وتذهب الحياة من الجسد بذهابها".

فللروح نهاية تخرج معها من جسم الإنسان، وعلامة خروجها شخوص البصر، وهذا لقوله عز وجل: {وَلاَ تَحْسَبَنَّ اللّهَ غَافِلاً عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا يُؤَخِّرُهُمْ لِيَوْمٍ تَشْخَصُ فِيهِ الأَبْصَارُ} [إبراهيم : 42].

وقد ذكر بعض الفقهاء بأن للموت علامات وإمارات يعرف بها حصوله منها، وهذه العلامات هي التغييرات الثابتة بمشاهدتها، والمستنبطة من خبرة البشر في مثل هذه الأمور. ومن هذه العلامات المذكورة في بطون كتب الفقه: توقف القلب، انقطاع التنفس، استرخاء الأعصاب والأطراف، سكون الحركة في البدن، تغير اللون، شخوص البصر، عدم انقباض العين، انخساف الصدغ، اعوجاج الأنف، انفراج الشفتين، امتداد جلدة الوجه، انفصال الكفين عن الذراعين، تقلص الخصيتين، عدم نبض العرق بين الكعب والعرقوب وعرق الدبر، وغيبوبة سواد العينين في البالغين، وكذا برودة البدن.

---

(1) حديث رقم 920، صحيح مسلم ج2 ص634.

وخلاصة القول: أن الشخص يعد حيا حتى يحصل يقين بزوال حياته من خلال ظهور علامات وأمارات لا تحصل إلا في شخص ميت، وأما من قربت نفسه من الزهوق فلم يحصل يقين بزوال حياته، فإنه يعد حيا عند الفقهاء.

إلا أنه ومع تقدم الطب وظهور غرف العناية المركزة خلال العقدين الماضيين أصبح الموت يعرف بأنه موت الدماغ، والذي يستتبعه ظهور علامات الموت السابق ذكرها، إلا أن هذه العلامات لا يمكن أن تظهر على الشخص المتوفى دماغياً طوال مدة إبقاءه على أجهزة الإنعاش إلا بعد إزالتها.

2- علامات وشروط الموت في القانون الوضعي: قديما لم يكن تشخيص الموت عملا يحتاج لأناس متخصصين، إلا أنه وفي مطلع القرن التاسع عشر الميلادي، ابتدأت بعض الدول باشتراط شهادة طبيب ممارس لإعلان الوفاة، ومع تطور العلوم أصبح تشخيص الموت عملا متعلقا أساسا بالأطباء. وقد تضمنت قوانيننا الصحية والطبية نصوصا تؤيد هذا المبدأ؛ حيث اشترطت قيام طبيب بتشخيص الوفاة قبل إجراء معاملات الدفن.

ففي نظام المقابر ودفن الموتى ونقل الجثث ونبش القبور الأردني رقم 22 لسنة 1970 نصت المادة (8) من نظام المقابر على: "على المسؤول أن يحصل على شهادة من الطبيب الذي فحص المتوفى يذكر فيها سبب الوفاة".

أما المادة (9) من ذات النظام فقد نصت على أنه: "لا يجوز دفن أي ميت قبل توفر الشروط التالية: تصريح بالدفن من طبيب الصحة في الأماكن التي يوجد فيها دائرة صحة استناداً إلى شهادة من طبيب موضح فيها أن الوفاة طبيعية، أو أن المدعي العام أجاز الدفن"... إلخ.

من هاتين المادتين يتضح لنا أن تشخيص الموت في الأردن -على سبيل المثال- لا بد أن يتم بواسطة طبيب تابع لوزارة الصحة العامة، كما أن قانون نقابة الأطباء الأردنيين رقم 13 لسنة 1972 تضمن نصا يؤيد ذلك، حيث ورد في المادة (15) منه ما يلي: "لا يجوز للطبيب إعطاء تقرير عن متوفى لم يشهد نزعه أو لم يطلع على مرض موته السابق لوفاته إلا بعد أن يقتنع بسبب الوفاة حسب خبرته الطبية...".

وكان توقف القلب والتنفس عن العمل هو الأساس في تشخيص الموت، ولكن مع ظهور أجهزة الإنعاش المتطورة خلال العقدين الماضيين عرف الطب موت الدماغ، فأصبح موت الدماغ أساساً في تشخيص الموت في معظم الدول المتقدمة.

3- علامات الموت عند الأطباء: استقر الطب الحديث على أن الموت الكامل لخلايا المخ -أي الدماغ- الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية عن العمل هو المعيار الشرعي والقانوني لموت الإنسان موتا حقيقيا لا رجعة فيه.

والمقصود بموت المخ الغيبوبة النهائية التامة، حيث تتوقف مراكز الاتصال والتكفير والذاكرة والسلوك وغيرها عن العمل، فتخرج بذلك حالة موت جزء من خلايا المخ فقط، وهي الغيبوبة المؤقتة، إذ إن موت المخ لا خلاف بين الأطباء في أنه ليس موتا.

إن الدماغ -أو جذع المخ- هو المكان المعين في المخ الذي ترد عليه جميع الأحاسيس، وهو المركز الرئيسي للتنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية، وربما هو وعاء الروح، فهو المسئول عن وعي الإنسان ونومه ويقظته وحياته، فموت هذا الجزء من الدماغ يؤدي إلى إثبات الوفاة طبيا.

إن موت جذع الدماغ بشكل دائم مرة واحدة يؤدي حتما إلى خروج الروح من البدن، حتى وإن كان القلب سليما؛ وذلك لأنه لا يمكن طبيا تبديل لا القشرة الدماغية الميتة ولا الدماغ لميت.

ولكي يشخص الطبيب موت جذع الدماغ، لابد من علامات طبية وهي: الإغماء الكامل، عدم الاستجابة لأي مؤثرات لتنبيه المصاب مهما كانت وسائل التنبيه قوية ومؤلمة، عدم التنفس لمدة ثلاث أو أربع دقائق بعد إبعاد المنفسة- Ventilator-، عدم وجود أي انفعالات منعكسة من جذع الدماغ، وعدم وجود حركة الدمية عند تحريك الرأس، وكذا عدم وجود أي نشاط كهربائي في رسم المخ.

هذا ولا يعد رسم الدماغ أساسيا في تشخيص موت الدماغ، غير أنه إذا توافر كان دليلا إضافيا مفيدا من الناحية الشرعية والقانونية.

ولا تكفي هذه الشروط لإعلان موت الإنسان، بل لابد أن يكون توقف وظائف جذع الدماغ مصحوبا بعلامات طبية -باثولوجية وتشريحية-، وما يتبع ذلك من ظهور تغيرات: كحدوث تغييرات بالعين، وبهاتة لون الجسم، وبرودة الجسم وفقد حرارته الحيوية، والزرقة الرمية، وغيرها من علامات ظهور الجسم بمظاهر الجثة تنتهي بتحليل الجسم تحللا كاملا.

والجدير بالذكر، أنه لم يتقرر ذلك إلا حديثا، وبالتحديد في سنة 1952 م، عندما قبلت إحدى المحاكم الأمريكية في ولاية كنتاكي النظر في الدعوى الخاصة بشخص كان قلبه لا يزال يدق؛ لأنه كان يدفع بالدم من الأنف، فطبقت معيار موت جذع الدماغ كلية معيارا قانونيا للموت، وعدلت عن معيار توقف التنفس والنبض -أي القلب والدورة الدموية- الذي كان سائدا إلى وقت ما. وهو ما أقره تقرير المؤتمر الثاني للأخلاق الطبية لجمعية الأطباء بفرنسا الذي انعقد بباريس سنة 1966 م، والذي أكد بأن معيار الموت هو الموت الكامل لخلايا المخ –الدماغ-،وأن الموت ليس نتيجة حتمية لوقف حركة القلب في الجسم. وكان أول من وضع المواصفات العلمية والطبية الخاصة بتحديد موت الدماغ هي لجنة "آدهوك HOC AD" في جامعة هارفرد الأمريكية عام 1968 م.

ولولا تطبيق هذا المعيار الحديث، لما استطاع البروفيسور الفرنسي المشهور "كريستيان برناردBERANARD CHRISTIAN " أن يقوم بالعملية الأولى لزرع قلب كامل بمستشفى جوهانسبرج في جنوب إفريقيا سنة 1967 م؛ وذلك أنه -حسب التعريف القديم- فإن الأشخاص الذين تجرى لهم عمليات القلب المفتوح، يعتبرون أمواتا أثناء العملية الجراحية؛ حيث إنه في أثناء العملية فإن القلب والتنفس يتوقفان تماما عن العمل؛ ولكن الواقع أن هؤلاء الأشخاص أحياء، ويعودون إلى وعيهم وحياتهم بعد العملية؛ لأن جزء المخ كفلت له وسائل الحياة بواسطة القلب الصناعي الذي قام بدفع الدم إلى المخ وباقي الجسم وساعدهم على انتظام استمرار التنفس.

إن موت القلب يتبعه لا محالة موت الدماغ إذا انقطع عنه الدم لمدة تتراوح من دقيقتين إلى أربع دقائق، وبالتالي يعد مثل ذلك الشخص في عداد الموتى. ومن ثم، فإن الموت من الناحية الطبية هو توقف جهاز التنفس والدورة الدموية والجهاز العصبي توقفا تاما لبضع دقائق، وما يتبع ذلك من ظهور علامات وتغيرات، ومنها ظهور الجسم بمظاهر الجثة، ويتم ذلك بعد حوالي ساعتين وهو ما يعبر عنه بموت الأنسجة. ولهذا يفرق الأطباء بين موت الشخص وموت الأنسجة، فالأخير يبقى لمدة ما قد تصل إلى ساعتين أو أكثر في بعض الأحشاء أو الأنسجة بعد موت الشخص؛

فمثلا قد تتفاعل العضلات للغيار الكهربائي إلى ما بعد الموت بنحو ثلث أو نصف ساعة، وقد يظل الكبد يحول المواد النشوية إلى سكرية لحوالي ساعة أو ساعتين بعد الوفاة، وكذلك قد تظل الحيوانات المنوية حية في الخصية.

ومن علامات الموت عند الأطباء أيضاً؛ توقف الدورة الدموية والتنفس توقفا تاما، عتامة قرنية العين، نقص الضغط داخل العين، ارتخاء الأطراف، برودة الجسم، الزرقة الرمية، التيبس الرمي، التعفن الرمي، وأخيرا التحول إلى مومياء.

-2-مفهوم الموت الدماغي وحكمه

أولاً: تعريف الموت الدماغي: يقصد به تعطل جميع وظائف الدماغ تعطلا نهائيا لا عودة فيه، وحكم الأطباء ذوو الاختصاص بذلك(1).

أما اللجنة الرئاسية الأمريكية(2) فقد عرفت موت الدماغ بأنه: "تلف دائم في الدماغ يؤدي إلى توقف دائم لجميع وظائفه، بما فيها جذع الدماغ".

(1)محضر اجتماع لجنة تعريف الموت بتاريخ 27-3-1986.

(2) في عام 1981 أصدر الرئيس الأمريكي رونالد ريغان أمرا بتشكيل لجنة مكونة من كبار الأطباء ورجال القانون ورجال الدين لدراسة موضوع موت الدماغ فأصدرت اللجنة قرارها المذكور أعلاه في حزيران من نفس العام 1981، (انظر: منذر الفضـــل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص147).

كما صرح وزير الصحة الفرنسي في قراره رقم 1986/76م: "بأن الوفاة تحدث عند توقف وظائف المخ بالانعدام التام لأي رد فعل تلقائي واسترخاء العضلات وانعدام العدسات الحلقية"(1).

وعرفه قانون نقل وزرع الأعضاء العراقي فقال: "إن الوفاة لا تتحقق إلا بموت جذع الدماغ"(2).

ثم جاءت تعليمات وزير الصحة لتفسير هذا النص على النحو التالي: "الموت هو حالة الفقدان اللاعائد لقابلية التنفس التلقائي والانعدام التام للأفعال الانعكاسية لعرق الدماغ".

ثانياً: حكم الموت الدماغي: إن موت الدماغ كضابط لموت الإنسان ليس موضع اتفاق جميع الأطباء والفقهاء والتشريعات، بل إنه لا يزال محل جدل واسع سواء في الأوساط الطبية أو الدينية أو القانونية. فالبعض يؤيده والبعض الآخر يرفضه، ولكل منهم حججه.

1- حكم الموت الدماغي من الناحية الشرعية: انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية حول الموت الدماغي إلى قسمين:

---

(1) عبـــد الوهـــاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، دار الفكر العربي، ط3، 1996، ص28.

(2) المرجع السابق، ص28.

أ- الفقهاء الرافضين لموت الدماغ: يرى كثير من العلماء والباحثين أن موت دماغ الإنسان دون قلبه لا يعد موتا فعليا، ويستدلون على ذلك بـ:

- إن الموت شرعًا هو زوال الحياة، ويعد الإنسان ميتًا بخروج الروح من جسده، ويكون ذلك متى زالت عن جسده كل مظاهر الحياة، وتوقفت عن العمل كافة أجهزته، بما فيها القلب والرئتان، وعلامة الموت هي سكون الأعضاء وهمودها، وفقد الجسم الإنساني كل مظاهر الحياة وتوقف الحس والحركة(1). والحكم باعتبار موت الدماغ موتًا مبني على فقد المريض للإحساس والشعور، وهذا لا يعد -وحده- كافيًا للحكم بالموت، بدليل قوله تعالى: {فَضَرَبْنَا عَلَى آذَانِهِمْ فِي الْكَهْفِ سِنِينَ عَدَداً * ثُمَّ بَعَثْنَاهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ الْحِزْبَيْنِ أَحْصَى لِمَا لَبِثُوا أَمَداً}[الكهف:11-12] مما يدل ذلك على عدم اعتبار فقد الشعور والإحساس ضابطا للموت.

(1) جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ط1، 1994، ج2، ص 501.

- إن تقرير الوفاة استنادًا إلى علامة موت الدماغ يحتاج إلى فريق طبي متخصص على أدق مستوى، وفحوصات دقيق، وأجهزة مكلفة، وهذا لا يتوافر في كثير من المستشفيات، وإن فتح الباب باعتبار هذه العلامة موجبة للحكم بالوفاة سيؤدي إلى خطر عظيم، فينبغي قفله صيانة للأرواح التي يعتبر حفظها مقصدًا ضروريًا من مقاصد الشريعة الإسلامية(1).

- القاعدة الفقهية التي تقضي بأن "اليقين لا يزول بالشك"، فاليقين المختلف عليه هو أن المريض حي، وشككنا في موته لأن قلبه ينبض، فلا نحكم بموته إعمالاً لليقين الموجب للحكم بحياته، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره شرعًا(2).

أن من أصول الشريعة المحافظة على المصالح الضرورية، ومن ذلك حفظ النفس، التي يتطلع الشرع لإحيائها وإنقاذها، وأن أحكامه لا تبنى على الشك وخصوصا ما يتعلق بالأنفس(3).

([1])محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1415هـ/1994م، ص453.

([2]) عقيل العقيلي، حكم نقل الأعضاء، مكتبة الصحابة، جدة ، 1992، ص154. وانظر: مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، القاهر ة، ط1، 1414هـ/1993م، ص111.

([3]) خالد بن علي المشيقح، المسائل الطبية والمعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص20.

وقد صدرت العديد من الفتاوى الشرعية التي ترفض اعتبار موت الدماغ دليلاً على الوفاة(1).

ومن أشهر الفقهاء الرافضين لموت الدماغ: الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، والدكتور توفيق الواعي، والدكتور عقيل العقيلي، والدكتور عبدالله الحديثي، واعتبروا أن موت الدماغ هو نذير موت محقق بالمقاييس الطبية لا بالمقاييس الشرعية؛ لأن الموت شرعا هو خروج الروح من الجسد ومفارقة الإنسان للحياة مفارقة تامة، ومن علاماته سكون النبض، وتوقف حركة القلب وقوفا تاما.

ب- الفقهاء المؤيدين لموت الدماغ: لقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بعمان عام 1986م بجعل موت الدماغ موتا إذا "تعطلت جميع وظائف الدماغ تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ الدماغ في التحلل"، وفي هذه الحالة يجوز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة.

---

(1) من هذه الفتاوى: فتوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية بتاريخ 18 صفر 1402هـ الموافق 14 ديسمبر 1981، وفتوى لجنة البحوث الفقهية بمجمع البحوث الإسلامية في اجتماعها في 16 يونيو 1992، وبيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية تاريخ 30 أبريل 1997.

وقد وافقت على هذا توصيات ندوة "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها" المنعقدة في الكويت في يوم 1985/1/24م، والتي قررت بأنه تسري على الميت الدماغي بعض أحكام الموت، قياسا على ما ورد في الفقه من أحكام، كتلك الخاصة بالمصاب الذي وصل إلى حركة المذبوح.

كما وافق عليه كل من الدكتور أحمد شرف الدين، والدكتور محمد علي البار، والدكتور محمد أيمن صافي، والدكتور أحمد شوقي أبو خطوة، والدكتور بكر أبو زيد، والدكتور فيصل شاهين، والدكتور عبدالله باسلامة، ورئيس لجنة الفتوى بالأزهر، والشيخ محمد المختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية، والباحث ندى الدقر، وكذا الدكتور يوسف الدقر.

والحقيقة أن ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي هو المعتمد؛ وذلك انطلاقا من أن العلامات الجسدية المؤكدة للموت التي ذكرها فقهاء الإسلام متوافرة في موت الدماغ إلا توقف القلب والنبضان، وهو شرط لم يتناوله أحد من الفقهاء القدامى مع العلم أن الوفاة الدماغية هي التلف الكامل والنهائي للدماغ والذي لا رجعة فيه، مما يؤدي حتما إلى موت الأعضاء الأخرى التي تموت بالتدريج، كتوقف القلب وموت خلايا الكبد والكلى والرئتين والبنكرياس، ثم تتبعها العضلات والعظام والجلد التي تبقى فيها حياة لعدة ساعات.

وهذا كما يحدث تماما بالموت عند توقف القلب والتنفس، غير أنه في حالة موت الدماغ يبقى القلب في العمل آليا -أوتوماتيكيا- بفعل أجهزة التنفس الصناعي خلال ساعات إلى أيام قليلة.

وعليه فإن موت الدماغ هو علامة شرعية على موت الشخص، إذ أنه في حال الوفاة الدماغية يكون مركز التنفس في جذع الدماغ قد توقف تماما عن العمل توقفا نهائيا لا رجعة فيه، وذلك لموت خلاياه، وبالتالي لن تكون هناك حركة للتنفس، ومن ثم، فإن إعادته إلى جهاز التنفس الصناعي إنما هو فقط للمحافظة على دوران الدم داخل الأعضاء المراد الاستفادة منها لأغراض علمية أو علاجية، ريثما توافق أسرته على التبرع بجثته أو بأعضائه.

2- حكم الموت الدماغي من الناحية القانونية: اهتم القانونيون بحقيقة الموت وفقاً للمفهوم الحديث، فدرسوا التقارير التي وضعها الأطباء في موت الدماغ، وصدرت مراسيم تشريعية -أنظمة وتعليمات- في معظم البلدان تقضي بأن موت الدماغ هو موت حقيقي للإنسان، وأجازت هذه التشريعات الانتفاع بأعضاء الميت دماغياً ونقلها لمرضى أحياء بحاجة لها، ولكن بشروط.

وقدجاء في الماد (6) من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1993 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية ما يلي: "يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية

فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة أغلبيتهم وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي وذلك بالشروط التالية: التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ممن يوثق فيهم ومن بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية على أن لا يكون من أعضاء اللجنة الطبيب الذي سيجري العملية"(1).

وبالرغم من ذلك فقد اختلفت الدول بشأن موقفها من الموت الدماغي، فهناك دول أقرت بالموت الدماغي طبياً وشرعياً إلا أنه ليس فيها تشريعات قانونية بشأن موت الدماغ، وهناك دول تقر قانونياً بموت الدماغ وتضمنت تشريعاتها النص على ذلك صراحة، ودول أخرى لم تقر بأن موت الدماغ موتاً حقيقياً لإنسان(2).

---

(1)ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص231.

(2) بلغ عدد الدول التي تطبق برتوكولات الأخذ بموت الدماغ، بما فيه جذع المخ، كنهاية حقيقية لحياة الإنسان ٧٦ دولة منها دول إسلامية.

ويمكن تقسيم موقف الدول قانوناً من اعتبار الموت الدماغي موتاً حقيقياً للإنسان إلى:

أ- الدول التي أقرت بموت الدماغ(1): وهي مجموعة الدول التي أقرت قوانينها معيار الموت الدماغي كموت حقيقي للإنسان ومن بينها:

- المملكة العربية السعودية: حيث اعتمدت فتوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي، وتم تشكيل لجنة موت الدماغ بالمركز السعودي لزرع الأعضاء، ووضعت هذه اللجنة المعايير لتشخيص موت الدماغ(2)، وعرفت الموت الدماغي بأنه: "التوقف الدائم لجميع وظائف الدماغ بما فيها وظائف جذعه". كما أوضحت هذه اللجنة مدة المراقبة الواجب إجراء تكرار الفحوصات المؤكدة لتشخيص حدوث الموت الدماغي فيها، وذلك خلال فترة تتراوح بين 6 و 48 ساعة؛ حيث اشترطت فيه عدم حدوث أي تغير في النتائج لإعلان حدوث الوفاة.

وصدر قرار عن وزير الصحة بتاريخ 1414/6/18هـ باعتماد دليل الإجراءات الصادر عن المركز السعودي لزراعة الأعضاء،

---

(1) انظر في عرض هذه القوانين ومصـــادرها سمر الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم -دراســـة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1997، ص314.

(2) ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص229.

والذي يجاري أغلب القوانين العالمية، والذي يعتد بموت الدماغ ويتطلب التحقق من الوفاة الدماغية بصورة قاطعة قبل أخذ الأعضاء.

- الجمهورية العراقية: تقضي المادة (2) من قانون نقل وزرع الأعضاء العراقي(1) بأن "الوفاة لا تتحقق إلا بتحقق موت جذع الدماغ".

وجاءت تعليمات من وزير الصحة(2) لتفسير هذا النص تفيد أن الوفاة هي "حالة الفقدان اللاعائد للوعي المصحوب بالفقدان اللاعائد لقابلية التنفس التلقائي والانعدام التام للأفعال الانعكاسية لعرق الدماغ". ونلاحظ على هذا التعريف بأنه اعتمد موت كل الدماغ لا كما قضت به المادة (2) من قانون نقل الأعضاء العراقي، الذي اعتبر موت جذع الدماغ موتا حقيقيا.

- جمهورية مصر العربية: ناقش مجلس النواب المصري موضوع موت الدماغ عدة مرات، إلا أنه وبسبب رفض بعض أعضاء مهنة الطب مفهوم موت الدماغ فإن ذلك قد أخر الحصول على موافقة مجلس النواب على إقرار موت الدماغ كموت حقيقي للإنسان على الرغم من أن رئيس لجنة الفتوى بالأزهر قد أفتى بموضوع موت الدماغ.

([1])منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص149.

([2]) عبد الوهاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، مرجع سـابق، ص28. كتاب وزارة الصحة بدرجة سري 13924 بتاريخ 16 تشرين الثاني 1987م.

- لبنان: أصدر المشرع اللبناني المرسوم رقم 1442 الذي ينظم أصول أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية، واعتبر فيه ميتًا الإنسان الذي توقفت في بشكل أكيد وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ، بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل.

- فرنسا: كانت فرنسا البلد الذي وصف فيه موت الدماغ لأول مرة، وقد أصدرت وزارة الشؤون الاجتماعية الفرنسية مذكرة بتاريخ 1968/4/24م، نصت على أن التثبت من تشخيص موت الدماغ يستند لصبغة أساسية على تطابق الأدلة، أي الفحص السريري مع تخطيط كهربائية الدماغ، وهذه المذكرة أصبحت قانوناً في كانون الأول من عام 1978م.

وقد صرح وزير الصحة الفرنسي، بقراره رقم 1968/67(1) الخاص بتعريف الوفاة بأنها: "توقف وظائف المخ بالانعدام التام لأي رد فعل تلقائي، واسترخاء العضلات وانعدام العدسات الحلقية".

(1)عبد الوهاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، مرجع سابق، ص28.

- الولايات المتحدة الأمريكية: عقب ظهور معايير هارفرد(1) أقرت عدة ولايات التشريعات التي تنص على قبول مفهوم موت الدماغ، وكانت أول ولاية تعترف بموت الدماغ هي ولاية كنساس، وذلك عام 1970(2).

وازداد عدد هذه الولايات بالتدريج، خاصة بعد أن تم تشكيل اللجنة الرئاسية في سنة 1981 التي أقرت المفهوم الجديد للموت، "وهو التوقف التام والنهائي لجميع وظائف المخ"، إضافة للتعريف التقليدي للموت المتمثل بتوقف القلب الدائم، وحاليا تعترف قوانين معظم الولايات المتحدة بموت الدماغ، إلا أنها تشترط الحصول على إذن الأهل في حالة استقطاع بعض الأعضاء من جسد الميت لنقلها إلى مريض آخر.

- بريطانيا(3): حين اعتمد مفهوم الموت الدماغي -موت جذع الدماغ- كان ذلك أساسا لظهور الكود البريطاني وذلك في اجتماع لجنة الكليات الطبية الملكية عام 1976 وعام 1979 ثم اجتماعها في عام 1995،

([1]) انظر: معايير هارفارد الواردة في كتاب ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإســـلام، مرجع سابق، ص60.

([2])منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص147. وانظر: ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص224.

([3]) ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص235.

حيث أفادت أن تحقق موت جذع الدماغ كاف لاعتبار الموت واقع فعلا لا موت جميع الدماغ كما هو معترف به في أمريكا. إلا أنه، لا يوجد قانون أو حتى شبه قانون يعترف بموت جذع الدماغ على أنه موت حقيقي للإنسان، حيث إنهم في اجتماع لجنة اللوردات المكونة من أطباء ومحامين في عام 1993، خلصوا إلى نتيجة مفادها عدم الحاجة لإصدار قانون خاص بهذا الشأن لأنه أمر يتعلق بأخلاقيات الطب.

- ايطاليا: نصت المادة الخامسة من القانون الإيطالي، رقم 235 الصادر في 3 أبريل 1975، على أن التأكد من حقيقة الموت يجب أن يتم وفقا للوسائل التي يحددها الأمر الصادر من اللجنة العليا للصحة العامة(1)، واشترط القانون تأكيد تشخيص موت الدماغ بأدوات طبية.

---

(1) Pallis C. Harley DH- The Position of United States and else Where, in ABC.

وفي عام 1994 صدر قانون جديد برقم (582) اشترط أيضا تأكيد التشخيص السريري لموت الدماغ بتخطيط كهربائية الدماغ أو بتصوير الشرايين عند الأطفال(1).

ب- الدول التي لم تقر بموت الدماغ: وهي الدول الرافضة لاعتبار موت الدماغ موتاً حقيقياً للإنسان:

اليابان(2): حيث إن قوانين اليابان تشترط موت كافة أعضاء جسد الإنسان لاعتباره ميتا، وبالتالي فإن موت الدماغ ليس كافيا لتشخيص الموت عندهم، على الرغم من أن القانون يجيز استقطاع أعضاء الموتى، وقبول معظم الهيئات الطبية مفهوم الموت الدماغي، ويعود الرفض القانوني لهذا المفهوم لاعتبارات دينية وثقافية وفلسفية، ومخاوف من حدوث التلوث إذا ما تم أخذ أعضاء من الموتى لزرعها في جسم إنسان حي.

---

(1) Brain stem Death, 2nd Edition, BMJ Publishing Group 1996: Page 44. وانظر: ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص225.

(2) ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص228.

3- حكم الموت الدماغي من الناحية الطبية: اتفقت معظم الآراء الطبية على أن موت الدماغ هو موت حقيقي للإنسان، وإن اختلفت آراؤهم في تحديد معياره الأمر الذي أدى إلى ظهور مدرستين للموت:

الأولى: المدرسة الأمريكية: واعتبرت الموت الدماغي متحققاً حين يموت كل الدماغ وتغيب جميع منعكساته(1).

الثانية: المدرسة البريطانية: اعتبرت موت جذع الدماغ كافيا لإعلان وفاة الإنسان، وأن ظهور بعض منعكسات الدماغ لديه لا تعني أنه على قيد الحياة.

فهناك فريقان من الأطباء في موقفهم من موت الدماغ:

أ- موقف الأطباء الرافضين لموت الدماغ: يرفض بعض الأطباء اعتبار موت الدماغ موتا فعليا للإنسان، والذي لا يتحقق إلا بالتوقف النهائي للقلب وجهاز التنفس عن العمل، وعجزها عن أداء وظائفها.

(1) محمود محمد عوض سـلامة، حكم نقل الأعضـاء من الميت إلى الحي دراسـة مقارنة، 1998، ص35.

ويحتجون لذلك بأن المريض الذي يتنفس بواسطة الأجهزة الصناعية وشخَّصه الأطباء بأنه ميت دماغيًا، هو إنسان حي بدليل وجود الروح فيه التي تبعث الدفء والحرارة في جسده، وتحفظه من الفساد والتحلل والتعفن، كما تستمر بعض أعضائه في أداء وظائفها الطبيعية، كالقلب والتمثيل الغذائي للكبد وإفراز الكليتين والهضم وغيرها، هذا بالإضافة إلى الحركات اللاإرادية التي تصدر عن الموتى دماغيا بعد إزالة أجهزة الإنعاش عنهم، والتي فسرها المؤيدون لهذا المفهوم بأنها حركات ارتكاسية معقدة منؤها النخاع الشوكي، وكذلك انقباض عضلاتهم عند استقطاع أعضائهم(1).

ويؤيد هؤلاء الأطباء رأيهم بذكر أن بعض الحالات التي حدثت فيها غيبوبة عميقة أو توقف المخ عن العمل، قد أفاقت من غيبوبتها بعد فترات تراوحت بين عدة ساعات وبضعة أيام أو أسابيع

([1]) صفوت حسن لطفي، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، كتيب غير منشور وزع على المشاركين في ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين في كلية الحقوق بجامعة القاهرة في نوفمبر 1993، ص 20. وانظر: الحقائق الطبية حول قتل "مرضى الغيبوبة" لجني أعضائهم تحت الزعم بأنهم موتى مخ أو حديثو الوفاة، بحث لمجموعة من الأطباء بكليات الطب في الجامعات المصرية، وقدم في المحاضرة التي ألقاها الدكتور إبراهيم علي محسن بعنوان "نحو قانون لزراعة الأعضاء" التي نظمتها الجمعية المصرية للقانون الدولي بتاريخ 10 أبريل 1996 ، ص 2.

كما أن كل الدلائل العلمية تؤكد أن من مات دماغه والمثبت على أجهزة التنفس الصناعي، تعمل باقي أجهزة جسمه، فالغدد تفرز الهرمونات، والجهاز الهضمي يقوم بعملية التمثيل الغذائي، والجسد يظل محتفظًا بدفئه ودرجة حرارته(1). ويضيفون أيضًا أن هؤلاء المرضى ممن يسمون بموتى المخ يحتفظون بكل مظاهر الحياة،مثل الكحة والحركة وارتفاع ضغط الدم، وأن المريض من هؤلاء يعطى العقاقير الطبية لشل حركات العضلات في أطرافه وجذعه، كي لا تظهر أية حركة عند شق صدره لاستئصال قلبه(2).

(1)مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، مرجع سابق، ص109.

(2) يستشهد البعض تأييداً لذلك بواقعة يرويها أستاذ التخدير والعناية بكلية طب عين شمس، تتلخص بأنه: "كان متعاقداً للعمل رئيساً لقسم العناية المركزة بأحد المستشفيات الكبيرة في إحدى الدول العربية، وأنه نقل إلى قسم العناية المركزة إثر حادث سيارة شاب هندي في حالة فقدان الوعي ووضع على جهاز التنفس الصناعي، وأجريت له كل اختبارات موت المخ، بما فيها رسم المخ الكهربائي، وتم تشخيص الحالة على أنها موت المخ، ولما طلب منه انتزاع أعضائه رفض ذلك لعدم اقتناعه بأن المصاب قد مات ما دام قلبه ينبض بدون أي دعم دوائي، وعندما قام بذلك وبحضوره طبيب آخر هندي الجنسية، فإن المصاب قفز بشدة من الألم، وارتفع النبض من 80 - 160 ، وارتفع الضغط من 80 / 120 إلى 120 / 200. وأضاف: "لقد استلزم الأمر حقن المصاب بمسكنات ومرخيات العضلات وزيادة جرعة التخدير". (انظر: خالد يونس، الموت الإكلينيكي بين الوهم والحقيقة، مرجع سابق، ص3).

كما يضيف أنصار هذا الرأي أنه ليس أدل على حياة مرضى الغيبوبة العميقة وتوقف المخ عن العمل من استمرار الحمل لدى بعض سيدات حوامل قضين في هذه الغيبوبة شهورًا طويلة، واستمر نمو الجنين رغم غيبوبة الأم حتى تمت الولادة لأطفال بأوزان طبيعية في موعد الولادة الطبيعي.

ب- موقف الأطباء المؤيدين لموت الدماغ: يتفق الغالبية في الأوساط الطبية أن موت الدماغ -بما فيه موت خلايا جذع المخ- هو الضابط الفعلي والحقيقي لموت الإنسان، ويدللون على ذلك بما يلي:

- أن دماغ الإنسان يتكون من ثلاثة أجزاء رئيسية يقوم كل منها بوظائف رئيسية(1):

المخ ووظيفته تتعلق بالتفكير والذاكرة والإحساس.

المخيخ ووظيفته تتعلق بتوازن الجسم.

جذع المخ وهو يحتوي على المناطق البالغة الأهمية، ويقوم بالوظائف الأساسية اللازمة للحياة، كتلك المتعلقة باليقظة والتنفس والتحكم في القلب ونبضاته والتحكم بالدورة الدموية.

---

(1) خالد بن علي المشيقح، المسائل الطبية والمعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص18.

فإذا تعرض المخ لإصابة ما وعجز عن القيام بوظائفه أدى ذلك إلى فقدان المصاب للإحساس والشعور والتفكير والذاكرة، لكنه يعد حيًا، ويدخل في ما يعرف طبيًا بحالة الغيبوبة الطويلة أو العميقة coma prolongé ، وقد تمتد إلى شهور وربما سنوات، فيحيا المصاب خلالها حياة نباتية végétative، تتميز باستمرار التنفس والدورة الدموية والتغذية، ولكن هذا لا يعني الموت لأن جذع المخ ما يزال حيًا ومسيطرًا على وظائف التنفس ونبضات القلب الدورة الدموية.

وكذلك المخيخ لو مات فإنه يفقد توازن الجسم ولا أثر له في موت الإنسان.

وأما جذع المخ فهو الذي موته يكون علامة على الوفاة عند الكثير من الأطباء، لأن جذع المخ يسيطر على المراكز العصبية العليا، ويتحكم في التنفس وفي القلب ونبضاته والتحكم بالدورة الدموية، والإنسان الذي مات جذع دماغه يفقد جميع الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية .فموت جذع المخ وتوقفه عن العمل يعني بالضرورة موت الإنسان بشرط أن يتم بالدليل القاطع التأكد من توقف الدم المغذي له(1).

(1) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، 1407هـ/1987م، رقم 89، ص 168.

- أن بعض أعضاء الجسد قد تبقى حية وتقوم بوظيفتها على الرغم من موت صاحبها، متى مات دماغه بما فيه جذع الدماغ، وإن استمر تنفسه بواسطة الآلة المنفسة، أو نبضه وتدفق دمه من الشرايين والأوردة، ما عدا الدماغ، ولا أدل على ذلك مما يحدث في عملية الإعدام شنقا. فعندما يشنق الإنسان تنقطع الدورة الدموية عن الدماغ، لأن جذع الدماغ يتمزق بعظمة ناتئة من الفقرة الثانية من العمود الفقري تخترقه وتسبب توقف الدم عنه، بينما يستمر القلب في ضخ الدم لعدة دقائق قد تصل إلى 15 أو 20 دقيقة .إذن يوجد بين وفاة المرء ووفاة القلب فترة .وهى فترة يمكن إطالتها بأجهزة الإنعاش الصناعي، التي تضمن استمرار القلب في النبض وضخ الدورة الدموية في الجسم، فتطول فترة حياة الأعضاء بعد وفاة صاحبها(1).

- إن ملازمة الروح للجسد الإنساني رهن بصلاحية هذا الجسد للانفعال للروح وقبول آثارها من حس وحركة إرادية، فإذا عجز هذا الجسد بصورة كلية ونهائية عن الإحساس وعن القيام بأية حركة إرادية، وثبت أن ذلك العجز النهائي ثمرة لموت الدماغ، كان ذلك وقت مفارقة الروح للجسد، وحصول الموت .

---

(1) أمين الجوهري، زراعة الأعضـــاء بين التاريخ والفقه، مقالة منشورة على شبكة الانترنت، ص3.
عبد الرحمن السويد، الوفاة الدماغية وأمور الإنعاش التنفسي والقلبي، منشور على الانترنت، ص 3.
http//www.werathah.com/special/islam/cpr.htm

ويدلل أنصار هذه الحجة عليها بما ذكره كل من الإمام ابن القيم والإمام الغزالي عند بيان مفارقة الروح للجسد .يقول الإمام ابن القيم(1): "الروح جسم مخالف بالماهية لهذا الجسم المحسوس ....فما دامت هذه الأعضاء صالحة لقبول الآثار الفائضة عليها من هذا الجسم اللطيف بقي ذلك الجسم اللطيف مشابكًا لهذه الأعضاء، وأفادها هذه الآثار من الحس والحركة الإرادية، وإذا فسدت هذه الأعضاء بسبب استيلاء الأخلاط الغليظة عليها، وخرجت عن قبول تلك الآثار، فارق الروح البدن، وانفصل إلى عالم الأرواح". ويقول الإمام الغزالي(2): "معنى مفارقة الروح للجسد انقطاع تصرفها عن الجسد، بخروج الجسد عن طاعتها، فإن الأعضاء آلات الروح تستعملها ....وإنما تعطل الجسد بالموت يضاهي تعطل أعضاء الزمن بفساد مزاج يقع فيه، وبشدة تقع في الأعصاب تمنع نفوذ الروح فيها، فتكون الروح العالمة العاقلة المدركة باقية مستعملة لبعض الأعضاء، وقد استعصى عليها بعضها، والموت عبارة عن استعصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات، والروح هي المستعملة لها،ومعنى الموت انقطاع تصرفها عن البدن، وخروج البدن عن أن تكون آلة له".

---

(1) ابن القيم، كتابه الروح، دار الكتاب العربي، ص 242.

(2) الإمام الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الرشاد، ج4، ص494.

وأما ما يورده المعارضون من أنه في بعض الحالات أفاق الأشخاص الذين شخصوا بأنهم موتى المخ من غيبوبتهم وعادوا إلى الحياة، فقد أجاب عنه المؤيدون لموت الدماغ بأن هذا الأمر مرده الخطأ في تشخيص تلك الحالات، وهي نادرة جدًا، والخلط بين الغيبوبة الطويلة أو العميقة وموت الدماغ(1)، وهو خلط بين الحياة والموت، وأنه ليس من المعقول أن تكون تلك الحالات قد شخصت كحالات موت المخ حسب البروتوكولات والشروط الموضوعة(2) ويتفق بعض العلماء المحدثين والباحثين مع هذا الرأي المؤيد لموت الدماغ، كما قد صدرت بذلك عدادًا من الفتاوى الشرعية(3).

([1]) عبد الهادي مصباح، قانون نقل الأعضاء ... ضرورة، منشور على الانترنت
http://abrokenheart.maktoobblog.com/?post=25807

([2])حسين محمد مليباري، نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي، منشور على الانترنت،ص3
http://www.islamset.com/Arabic/abioethics/death/moot/malbare.html

([3]) انظر على سبيل المثال ما ذكر على لسان الدكتور يوسف القرضاوي في جدل فقهي وطبي حول فتوى المجلس الأوروبي للإفتاء بجواز إنهاء حياة الميؤوس من شفائهم، منشور على الانترنت، ص 2.
http://www.elwaha-dz.com/din1.htm

وانظر: أحمد شرف الدين :الأحكام الشرعية الأعمال الطبية، مرجع سابق، رقم 84، ص160.

وانظر: القرار (رقم5) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان من 8-13 صفر 1407هـ/11-16 أكتوبر 1986م. وانظر: قراره (رقم1) د 4/ 88/08 في دورة مؤتمره الرابع بجدة في السعودية من 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ/6-11 فبراير 1988.

3-الإنعاش وحكم إزالة أجهزة الإنعاش

إن الموت بمفهومه الحديث المتمثل بموت الدماغ، لم يعرف في الأوساط الطبية إلا في العقدين الأخيرين، وذلك بعد تطور صناعة الأجهزة الطبية التي أدخلت إلى غرف العناية الحثيثة للعناية بالمرضى المستعصى علاجهم، وقد كان لهذه الأجهزة الفضل في إنعاش هؤلاء المرضى وإنقاذ حياتهم، وقد أثبتت هذه الأجهزة فعاليتها في القدرة على تنظيم عمل بعض الأعضاء الحيوية في جسم الإنسان، حتى أمكن استخدامها كأجهزة بديلة عن أجهزة الجسم التي أصابها تلف أو قصور عن القيام بوظائفها، كأجهزة التنفس التي يتم ربطها بالميت دماغياً لتحافظ على تنظيم تنفسه بالرغم من موته.

وتثور هنا عدة تساؤلات هامة مفادها: إذا كان الشخص الذي مات دماغه ميتاً من الناحية الطبية فما الحكمة من ربطه بأجهزة الإنعاش التي تعمل على إبقائه مدة من الزمن حيا من الناحية النظرية؟. وما حكم إزالة هذه الأجهزة عنه من الناحية الطبية والشرعية والقانونية؟.

الإجابة عن هذه الأسئلة تتبلور من توضيح المقصود بالإنعاش الطبيعي، وتوضيح حكم الإنعاش من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، ثم توضيح حكم إزالة أجهزة الإنعاش عن موتى الدماغ.

فالإنعاش هو: المعالجة الطبية المكثفة التي يقوم بها الفريق الطبي لمن فقد وعيه أو تعطلت عنده وظائف بعض الأعضاء الحيوية كالقلب والرئة إلى أن تعود إلى عملها الطبيعي، وغالبا ما يكون ذلك باستعمال أجهزة طبية بديلة كجهاز التنفس الصناعي الذي يعوض عن عمل الرئة ومنظم ضربات القلب وجهاز مزيل رجفان القلب، إضافة لعلاجات دوائية مختلفة تعطي للمريض تحت المراقبة المكثفة من قبل الفريق الطبي(1).

وقد ظهرت أجهزة الإنعاش نتيجة التطور الصناعي ونتيجة تقدم الخدمات الطبية في غرف العناية الحثيثة، وأصبح توقف القلب بشكل مؤقت ثم عودته للعمل -بمساعدة جهاز الصدمة الكهربائية أو غيره من طرق الإنعاش-، لا يعني موت صاحبه في مدة توقفه ثم عودته للحياة عند عودة قلبه للعمل بصورة طبيعية بفضل الأجهزة.

أولاً: حكم الإنعاش: يعد الإنعاش الصناعي إحدى ثمرات المكتشفات الطبية الحديثة، والذي يتم بواسطة أجهزة عالية التقنية(2)، فما هو الحكم في إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي؟. وهل يعد ذلك إنهاء لحياة المريض وقتلا له أم أنه إنهاء لإجراء لا طائل منه؟.

---

(1) ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، مرجع سابق، ص213.

(2)خالد بن علي المشيقح، المسائل الطبية والمعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص21.

1- حكم الإنعاش من الناحية الشرعية: الإنعاش -كما أوضحنا- شكل حديث من أشكال التداوي، وهو وسيلة لإنقاذ الحياة، بهذا يمكن القول بأنه يدخل ضمن الأسباب المزيلة للضرر المقطوع بحصول ثمرتها فيما جرت به العادة المطردة، بالتالي فهو يأخذ حكم الوجوب بالنسبة للمريض ويأثم بتركه؛ إذ يعرض حياته للخطر.

ويستدل على ذلك بقوله تعالى: {وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[البقرة:195]

وقد ذكر الشافعية رأيهم بقولهم: "إذا علم الشفاء بالمداواة وجبت".

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: "تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد الهرم"(1).

كما قال الشيخ محمد المختار السلامي -مفتي تونس-: "بأن الإنعاش واجب؛ ذلك أنه لا تختلف حالة الإنعاش عن أي حالة من حالات الاضطرار التي تقلب حكم التحريم إلى الوجوب حفاظاً على الحياة ثاني المقاصد الضرورية الخمسة: الدين والنفس والعقل والمال والنسل".

[1]) حديث رقم 3855، سنن أبي داود ج 4 ص 3

2- حكم الإنعاش من الناحية القانونية: بما أن الإنعاش وسيلة من وسائل العلاج المكثفة التي يختص بها الأطباء وحدهم، فهو واجب يقع على عاتقهم، فامتناع الطبيب عن تقديم المعالجة المكثفة للمريض الذي استدعت حالته المرضية الإنعاش، يعرضه للمساءلة الجزائية والمدنية.

ولهذا لا بد أن نوضح الحالتين اللتين يتم فيهما ربط المريض بأجهزة الإنعاش:

الحالة الأولى: إنعاش المرضى في الحالات الطارئة لإنقاذهم من خطر الموت، وفي هذه الحالة يأخذ حكم الواجب حسب الأعراف الطبية.

الحالة الثانية: التحقق من حدوث الموت الدماغي للمريض المصاب بالغيبوبة، ولا يتأتى ذلك إلا بعد ربطه بأجهزة الإنعاش وإجراء الفحوصات التأكيدية لحين الاستيثاق من موته.

ونلاحظ أنه في كلتا الحالتين يجب على الطبيب أن يبذل قصارى جهده وطاقته في إنعاش المريض وفقاً للأصول العلمية المستقرة؛ لأن إنعاش المرضى في هاتين الحالتين هو بمثابة مرحلة التشخيص لحالة المريض، وهي أكثر المراحل أهمية، فلا يجوز للطبيب في كلتا الحالتين أن يستخدم حواسه المجردة في التشخيص

بل ينبغي له استخدام وسائل الفحص والإنعاش ومراقبة مدى استجابة المريض للعلاج بالوسائل الاصطناعية، والطبيب هنا ملتزم بإتباع وسيلة لا بتحقيق نتيجة، فالشفاء أو الوفاة كنتيجة لا يسأل عنها الطبيب في هاتين الحالتين، إذ أن عليه إتباع الوسائل العلمية المتعارف عليها، وعلى الله عواقب الأمور(1).

وتقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء.

وحالات الطوارئ والإسعاف لا يجوز للطبيب أن يمتنع أو أن يرفض علاج المرضى في الحالات الطارئة، كما أن الدستور الطبي قد منح الأطباء حق التصرف في حالات الطوارئ بدون الحصول على الموافقة القانونية، فيمكن للطبيب في هذه الحالة إجراء أية عملية جراحية يراها ضرورية بدون الحصول على تلك الموافقة من المريض أو ذويه.

وهذا ما نصت عليه المادة (18) من الدستور الطبي الأردني: "إذا طلب الطبيب بشكل طارئ لإسعاف مريض عاجز أو فاقد لقدرته على التصرف ولم يتمكن من الحصول على الموافقة القانونية في الوقت المناسب، مع تثبيت ذلك في حينه، فعليه أن يقوم بالمعالجة اللازمة دون النظر إلى أي اعتبار آخر"(2).

---

(1)عبد الوهاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، مرجع سابق، ص32.

(2) المادة 18 من الدستور الطبي "واجبات الطبيب وآداب المهنة" من مجموعة تشريعات المتعلقة بنقابة الأطباء الأردنيين، ص32.

ثانياً: حكم وقف وإزالة أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً: إذا قرر الأطباء وجوب وضع المريض على أجهزة الإنعاش فلا يسوغ لهم رفع تلك الأجهزة إلا إذا زال السبب الذي استدعى وضع تلك الأجهزة على المريض، وعاد المريض لحالته الطبيعية التي لا يحتاج معها للإنعاش.

وهناك ثلاث حالات متفق عليهما شرعياً وقانونياً وطبياً لإزالة الأجهزة عن المريض وهما:

الحالة الأولى: عودة المريض إلى حالته الطبيعية وعدم حاجته لتلك الأجهزة.

الحالة الثانية: إذا توقف قلبه بصورة لا رجعة عنها.

أما الحالة الثالثة: فهي موت الدماغ، وهي المسألة المختلف عليها من الناحية الشرعية والقانونية.

1- حكم وقف وإزالة أجهزة الإنعاش من الناحية الشرعية: بين العلماء المسلمين المعاصرين اختلاف في اعتبار الموت الدماغي موتا حقيقا للإنسان. وبينهم كذلك اختلاف حول مدى جواز إيقاف أجهزة الإنعاش عن هذا الشخص الذي مات دماغه، فيوجد رأيان:

الرأي الأول: يذهب إلى عدم الجواز، وحجته في ذلك أن الأصول الشرعية دلت على المحافظة على المصالح الضرورية، ومن ذلك حفظ النفس، التي يتطلع الشرع لإحيائها وإنقاذها(1)، وأن نزع وسائل الإنعاش ممن دخلوا مرحلة الغيبوبة يعد قتلا، وهو محرم شرعًا(2).

الرأي الثاني :يذهب إلى الجواز، واستدل لذلك بأن هذه الأجهزة لن تعيد الحياة للشخص، فهو قد مات منذ تحقق موت دماغه بالكلية، وأنها لا تكفل إلا حياة صناعية لبعض أعضاء الجسم، وأن الحياة الحقيقية ليست تلك التي تنبعث من أجهزة، فلا يعد فصله عنها قتلا. وفي ذلك قال الشيخ عبد القادر محمد العماري(3) -القاضي بالمحكمة الشرعية الأولى بقطر-: "أما مسألة ما توصل إليه الطب من أن موت المخ هو الموت الحقيقي للشخص فيكون ذلك في حكم الميئوس من حياته فلا يلزم الطبيب أن يبقي عليه الأجهزة التي تطيل عليه حالة النزع والاحتضار بما لا فائدة منه،

([1])صاحب هذا الرأي الشيخ عبد العزيز ابن باز رحمه الله تعالى. (انظر: خالد بن علي المشيقح، المسائل الطبية والمعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص20).

([2]) نصر فريد واصل، مشار إليه في جدل فقهي وطبي، مرجع سابق، ص2.

([3]) عبد القادر محمد الغماري، نهاية الحياة وأعمال ندرة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد3، ص486.

وقد قال الفقهاء: إن حكم من هو في النزع حكم الميت، فلا حرج على الطبيب إن هو مد يده إلى إطفاء الجهاز لأن الحياة المتوقفة على جهاز غير طبيعي ليست في الحياة الحقيقية".

كما أن إيقاف هذه الأجهزة يدرأ إضاعة المال والجهد والوقت فيما لا جدوى منه، ويؤمن غرفة وأجهزة لمريض آخر هو في أمس الحاجة لها لإنقاذ حياته، وهو غاية الطب المتمثلة في إنقاذ حياة المريض بكل الوسائل الممكنة(1).

وكذلك فإن التداوي إنما يجب أو يسن عندما يتيقن الشفاء به أو يترجح، أما إذا لم يكن هذا ولا ذاك فلا يشرع. وفي هذا الاعتبار قال الدكتور القرضاوي(2): "إن الدواء يكون واجبا حين يتيقن الشفاء به أو على الأقل يترجح، أما حينما لا يكون هناك تيقن ولا رجحان بشفاء المريض بهذا الدواء فمن يوجب ذلك؟، ومن يوجب أن يبقى المريض تحت أجهزة الإنعاش الصناعية لأسابيع وأشهر ولا أمل في شفائه قط ولا استفادة إلا تعذيب أهله أو إنفاق المصاريف عليه؟".

([1]) حسين محمد مليباري، نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي، مرجع سابق، ص3. وهذا أيضاً رأي الدكتور يوسف القرضاوي المشار إليه في جدل فقهي وطبي، مرجع سابق، ص3.

([2]) يوسف القرضاوي من هدي الإسلام، فتاوى معاصرة، دار الوفاء، المنصورة، ط1، سنة 1993، ج2، ص526.

وقد ورد في البند السادس من توصيات ندوة "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها" ما يلي: "اتفق الرأي على أنه إذا تحقق موت الدماغ بتقرير لجنة طبية مختصة جاز حينئذ إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعية"(1).

أما في الأردن فإن دائرة الإفتاء العام التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية أقرت برفع أجهزة الإنعاش، وتضمن القرار ما يلي(2): "ولا عبرة حينئذ بكون أعضاء الميت كالقلب لا يزال يعمل عملا آليا بفعل أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص ولا يحكم الأطباء بالموت في هذه الحالة إلا بعد الاستيثاق والتأكد من الأمور التالية" إلى آخر القرار.

يفهم من هذا النص أن دائرة الإفتاء العام في هذا القرار لم تعتد بشكل الحياة التي تضفيها أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص الذي يثبت أن دماغه قد مات وبدأ بالتحلل، وبالتالي فإنه يمكن إزالة الأجهزة عنه بعد استكمال شروط التشخيص من قبل لجنة مختصة، وتعتبر ساعة توقيع اللجنة على تقرير الوفاة هي ساعة وفاة الشخص في حق الأمور التي ترتبط بتاريخ الوفاة.

---

(1) أعمال ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، الكويت، ربيع الثاني 1405هـ، ص678.

(2) قرار دائرة الإفتاء العام رقم (1) لسنة 1988.

وإلى هذا الرأي ذهب أيضًا قرار مجمع الفقه الإسلامي الثالث التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في عمان بالأردن عام 1986، حيث أفتى بإمكانية إزالة الأجهزة عن الميت دماغياً، ونص في القرار على ما يلي: "وفي هذه الحالة -أي حالة الموت الدماغي- يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً يعمل بصورة آلية"(1).

وهناك كذلك فتوى المجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة في 1408/2/24هـ(2).

2- حكم وقف وإزالة أجهزة الإنعاش من الناحية القانونية: لقد أغفلت التشريعات تعريف الموت، الأمر الذي أدى إلى صعوبة في تطبيق النصوص القانونية التي عرفت الوفاة على حالات الموت الدماغي.

فإغفال النص على اعتبار الموت الدماغي موتا حقيقياً للإنسان يخلق صعوبة بالغة في مسألة وقف وإزالة أجهزة الإنعاش عن المتوفى دماغيا، وقد يتبادر إلى الأذهان أنها شكل من أشكال القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة في حين أنها بعيدة كل البعد عن ذلك،

---

(1) قراره رقم (5د) بتاريخ 1986/7/3م.

(2)انظر مريض يطلب من طبيبه إنهاء حياته للتخلص من الألم، منشور على http://www.hmc.org.qa/hmc/healh/35th/15.htm

لأن القتل بدافع الشفقة يقع على إنسان حي يتألم وميئوس من شفائه، ويكون الباعث إلى قتله وضع حد لآلامه، وإن كان المريض هنا لا يشعر بأيه آلام بسبب غيبوبته، في حين أن وقف وإزالة أجهزة الإنعاش عن المتوفى دماغيا ليس فيهما اعتداء على حياة الشخص لأن الشخص هنا ميت لا يحس ولا يتألم ولا يتصور عودته للحياة حسب الحقائق العلمية.

فأجهزة الإنعاش لن تعيد إليه الحياة التي فقدها، ولن تطيل من عمره الذي انقضى، وكل ما في الأمر أن هذه الأجهزة تعمل على إطالة حياة أعضائه، لأن وصف الحياة هنا لا ينطبق على حياة الشخص كاملة بل على مستوى الأعضاء فقط، لذلك فإن وقف عمل تلك الأجهزة وإزالتها عن المتوفى دماغياً لن يغير من واقعة وفاته شيئاً.

أما القانون الأمريكي فقد اشترط مدة شهرين ما دامت الجثة تحت العناية المركزة أو خمسة عشر يوماً إذا كانت العناية غير مركزة(1).

3- حكم وقف وإزالة أجهزة الإنعاش من الناحية الطبية: هناك تقريباً إجماع طبي بأن موت الدماغ هو موت حقيقي للإنسان، وعند التحقق من حدوثه يسوغ للأطباء وقف أجهزة الإنعاش وإزالتها عن المريض، إلا أن هذه المسألة تخضع لاعتبارات قانونية وشرعية تختلف من دولة لأخرى.

---

(1)عبد الوهاب عمر البطراوي، مجموعة بحوث جنائية حديثة، مرجع سابق، ص29.

ففي الدول التي نصت تشريعاتها على اعتبار الموت الدماغي موتاً حقيقياً للإنسان، فإن مسألة إزالة الأجهزة عن المتوفى دماغيا لا تثير أية صعوبات ما دام القانون قد اعترف بأن الميت دماغيا هو ميت حقيقة، وأن إزالة أجهزة الإنعاش عن الشخص المتوفى هو عمل مشروع يمكن للطبيب القيام به عند تحققه من واقعة الوفاة وفق ضوابط معينة يحددها القانون.

أما في البلدان التي لم تنص تشريعاتها على اعتبار الموت الدماغي موتا حقيقيا للإنسان، وصدرت بها فتاوى شرعية تجيز ذلك، فإن الأطباء لا يملكون إزالة هذه الأجهزة مالم يحصلوا على إذن من ذوي المتوفى يسمح لهم بذلك، وإلا كانوا محلاً للمساءلة القانونية مثل ما هو معمول به في الأردن.

وأما في الدول التي لم تنص تشريعاتها القانونية على اعتبار الموت الدماغي موتا حقيقيا للإنسان، ولم تصدر بها فتاوى شرعية تعتبره كذلك، فإنه لا يجوز للأطباء أن يزيلوا أجهزة الإنعاش أو يوقفوها عن المريض حتى تتعطل جميع أعضائه عن العمل بصورة طبيعية كما هو معمول به في اليابان.

-4-حكم نقل وغرس أعضاء الميت للإنسان الحي والتبرع بها(1)

عند ثبوت تشخيص موت جذع الدماغ، يحرر الأطباء المختصون شهادة شرعية بوفاة ذلك الشخص شرعاً وقانوناً. أما عن أجهزة الإنعاش الصناعي، فإنها توقف شرعاً إلا إذا كان المصاب أو ذووه قد وافق أو وافقوا على التبرع بأعضائه أو أنسجته، وفي هذه الحالة، يمكن شرعاً استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي، بأن تستمر في عملها بعد إعلان الوفاة الشرعية، من أجل الحصول على أعضاء صالحة في حالة جيدة، لنقلها وزرعها بنجاح في جسم المستفيد الحي. وهذا لا يغير من حقيقة الوفاة الشرعية شيئاً.

([1]) رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010م، ص 146.

وقد اختلف العلماء في حكم نقل الأعضاء وغرسها من جثة الميت إلى الإنسان الحي على ثلاثة مذاهب(1):

أولاً: جواز نقل الأعضاء من جثة الميت إلى الحي(2): وأصحاب هذا القول استدلوا على جواز نقل الأعضاء بما يلي:

1- دليلهم من القرآن الكريم: قال تعالى: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ}[البقرة:173]. وقوله سبحانه: {وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيراً لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ}[الأنعام:119].

---

(1)محمد يسري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دار طيبة، مكة المكرمة، 1426هـ/2005م، ص207. وانظر: محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، ط1، 1994، ص179

(2) إسماعيل عبد الحميد، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر، القاهرة، ط1 ، 2000م، ص39. وانظر: جاد الحق، نقل الأعضاء، مجلة الأزهر ج10، 1983م، ص171. وانظر: البوطي، قضايا فقهية معاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد،4 1988م، ص131. محمد سيد، طنطاوي، حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع به، بحث مقدم إلى ندوة الرؤية الإسلامية، الكويت 1987 ، ص3 .

حيث أفادت هذه الآيات بوجه عام استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها، والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر، وإذا كانت حالته حالة اضطرار فإنه يدخل في عموم الاستثناء المذكور، فيباح نقل ذلك العضو إليه(1)، وأيضا الآيات عامة في كل أنواع المحرمات التي يضطر إليها الإنسان، ولا فرق بين ما كان لضرورة التغذي والتداوي وعملية غرس الأعضاء من باب التداوي، إذ إن الحكم العام إباحة المحرمات عند الضرورة(2).

- قال تعالى: {يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ}[البقرة:185]. وقال تعالى: {مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ}[المائدة:6]. وقال تعالى: {يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفاً}[النساء:28].

---

(1) إبراهيم اليعقوبي، شفاء التباريج والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، مكتبة الغزالي، دمشق، ط1، 1407هـ/1986م، ص84. وانظر: أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص133. انظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص372.

(2) سميرة عايد الديات، عمليات زرع ونقل الأعضاء بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1999، ص237.

وقد أفادت هذه الآيات الكريمة أن مقصود الشارع التيسير على العباد لا التعسير عليهم، وفي إجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد ورحمة بالمصابين والمنكوبين وتخفيفٌ للألم، وكل ذلك موافق لمقصود الشرع، بخلاف تحريم نقلها فإن فيه حرجًا ومشقة الأمر الذي ينافي ما دلت عليه هذه النصوص الشرعية(1).

- قال تعالى: {وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً}[المائدة:32]. حيث إن الآية تدل على عموم الإحياء، مما يشمل إنقاذها من تهلكة أشرفت عليها، ويدخل في أسباب الهلاك إشرافها بالمرض الميئوس من شفائه إلا بواسطة غرس عضو مما يحفظ الحياة أو يعيد النور لمن فقد نور بصره، ومن المعلوم أن إنقاذ المشرف على الهلاك أو الوقوع في مضرة شديدة من فروض الكفاية على كل من استطاعه، وإذا تركه الجميع أثموا(2).

([1])المرجع سابق، ص98. وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص372.

([2]) سعاد سطحي، نقل الأعضاء البشرية، مؤسسة الرسالة، ط1، 1428هـ/2007م، ص26. وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص373.

2- دليلهم من السنة النبوية المطهرة:

- قوله ﷺ: "من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"(1). حيث بين الحديث الشريف بأنه يندب للمؤمن أن ينفع أخاه متى استطاع ذلك، ولا شك أن بذل عضو لإنقاذ حياته من أعظم النفع له ولأهله(2).

- روي عن عبد الرحمن بن طرفة أن جده عرفجة بن أسعد "قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه فأمره النبي ﷺ فاتخذ أنفا من ذهب"(3). ووجه الدلالة: أن استعمال الذهب محرم على الرجال، وقد اعتبر النبي ﷺ التشويه في الوجه من الضرورات، لأن النفس تتأذى منه، أفلا يعتبر نقل عضو من ميت إلى حي لإنقاذ حياته من الضرورات التي تبيح المحظورات(4).

---

(1)حديث رقم 2199، صحيح مسلم ج 4 ص 1726

(2) سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص82.

(3)حديث رقم 4232، سنن أبي داود ج 4 ص 92

(4)محمد يسري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص215

- قول الرسول الكريم ﷺ: "إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"(1). ووجه دلالة الحديث: أن بقاء أعضاء جثة الميت لشخص حي ينتفع بها، تعتبر من باب الصدقة الجارية وهذا الأمر مندوب إليه خاصة إذا أوصى صاحبها بذلك محتسبًا الأجر عند الله عز وجل(2).

3- دليلهم من القواعد الشرعية: "الضرر يزال"(3). "الضرورات تبيح المحظورات"(4). "إذا ضاق الأمر اتسع"(5). وهذه القواعد المستنبطة من نصوص الشريعة دلت على الترخيص للمتضرر بأدلة ضرر ولو بالمحظور(6). وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"

---

(1)حديث رقم 6131، صحيح مسلم ج 3 ص 1255

(2)محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص375. وهي فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ 1984/4/11، الموافق 1404/7/1. وانظر: عبد السلام العبادي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر أحياً كان أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، 1405هـ، ص15.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ج1، ص83.

(4)مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق نجيب هواويني، كارخانة تجارت كتب، ج1 ، ص18.

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص83

(6)محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص377. وانظر: محمد يسري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص215

وهذه القاعدة دلت على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشد، فنقدمها على التي أخف منها، وفي مسألتنا هذه وقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو من جثة الميت، وبحصول التشوه في جثته، وبين مفسدة هلاك الحي المتبرع له، ولا شك أن مفسدة هلاك الحي المتبرع له -المريض- أعظم من المفسدة الواقعة على جثة المتبرع، فتقدم حينئذ لأنها أعظم ضررًا وأشد خطرًا(1).

"لا ينكر تغير الإحكام بتغير الأزمان"(2)، أي أن نقل الأعضاء الآدمية كان قبل ترقي الطب يعتبر ضررًا وخطرًا، والآن بعد تقدم الطب أصبح سهلا مأمون العاقبة بالتجربة، فوجب تغيير الحكم بتغير الحال، فتقول هو حرام حينما كان في العصور السابقة، ويعتبر حلالا في هذه العصور الحديثة التي أصبح فيها دواء وعلاجًا نافع(3).

([1])محمد يســـري إبراهيم، ســـرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإســـلامي، مرجع سابق، ص216. وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع ســـابق، ص348. كمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية، دار الخير، بيروت، ط1، 2001/1422، ص484.

([2])مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1 ، ص20.

([3])محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص379.

"الأمور بمقاصدها"(1). وقد دلت هذه القاعدة على أن الأعمال معتبرة على حسب النيات والمقاصد، وعليه فإن نقل الأعضاء الآدمية يختلف حكمه بحسب اختلاف المقصود منه، فإن كان المقصود به إنقاذ النفس المعصومة المحرمة، ودفع الضرر الأشد بالأخف فإنه يكون مقصدًا محمودًا وعملا مشروعًا يثاب فاعله ويمدح عليه.وأما إن كان المقصود به إهانة الميت وأذيته بالتمثيل به، فهذا قصد مذموم وعمل محرم ونحن نقول به(2).

وبذلك تتضافر الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والقواعد الفقهية كلها معًا لبيان الحكم بإباحة هذه المسألة، بل بالوجوب أحيانا؛ لأن ما لايتم الواجب إلا به فهو واجب"(3).

---

(1)مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1 ، ص216.

(2)محمد يسري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص215. وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص379.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص125.

4- دليلهم من القياس:

- إن الفقهاء رحمهم الله نصوا على جواز شق بطن الميت لاستخراج جوهرة الغير إذا ابتلعها الميت(1).

- كما نصوا على جواز شق بطن جثة الميتة لاستخراج جنين حي، فإذا أجاز الفقهاء هذه الأمور، فمن باب أولى وأحرى جواز أخذ عضو أو جزء من العضو من الإنسان الميت، لنقله وغرسه في جسم إنسان حي آخر للمحافظة على حياته، لأن المحافظة على الأبدان مقصود أصلي، والمحافظة على الأموال مقصود تبعي للإنسان(2).

([1]) اتفق الفقهاء من الحنفية والشـافعية على أن الميت إذا ابتلع مال غيره ولم يكن له تركه فإنه يشق جوفه، ويستخرج المال ليرد إلى صاحبه غير أن المالكية والحنابلة قيدوا ذلك بشرط أن يكون المال كثيرا، وحد الكثرة عند المالكية ،نصـاب الزكاة واشـترطوا قيام بينة على الابتلاع وذلك بشـهادة عدلين وامراتين ، وقال بعضـهم : يثبت بشاهد ويمين. (انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دار الفكر للطباعة والنشـر، بيروت، 1421هـ/2000م، ج2، ص238. وانظر: الطحاوي، حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح وشرح نور الإيضاح، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ، ج1 ،ص 395 وانظر: النووي، المجموع شـرح المهذب، مرجع سابق،ج5، ص 263. وانظر: محمد الخطيب الشـربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ب.ت، ج1، ص366. وانظر: ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج2 ، ص216. محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ج2، ص145.

([2])محمد علي السـرطاوي، حكم التشريح وجراحة التجميل في الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات، ج 12، ع3، ص145 .

- إن الشافعية أجازوا وصل العظم المنكسر بعظم يؤخذ من جثة آدمي(1)، فهم ينصون على إباحة غرس أعضاء الموتى في الأحياء عند الضرورة أو الحاجة(2).

5- استدلالهم من المعقول:

- يجوز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية كما يجوز التداوي بلبس الحرير لمن به حكة بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كليهما(3).

- يجوز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية، كما يجوز التداوي باستعمال الذهب لمن يحتاج إليه بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كليهما.

- إن بقاء الأعضاء الآدمية لشخص آخر ينتفع بها بعد موت صاحبها يعتبر من باب الصدقة عليه، فهي صدقة جارية مندوب إليها خاصة إذا أوصى صاحبها قبل الوفاة محتسبًا الأجر عند الله تعالى(4).

([1])شهاب الدين ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار صادر، بيروت، لبنان،1315هـ، ج2 ، ص126 .

([2])كمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بأعضاء البشرية والحيوانية، مرجع سابق، ص484

([3])محمود النسيمي، الطب النبوي والعلم الحديث، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1996 م، مجلد 3، ص32.

([4]) عبد السلام العبادي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر أحياً كان أو ميتاً، مرجع سابق، ص 51

ثانياً: عدم جواز نقل الأعضاء من جثة الميت إلى الحي(1): واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1- دليلهم من القرآن الكريم: قال تعالى: {وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ}[النساء:119]. حيث أن نقل الأعضاء فيه تغيير في خلق الله، فهو داخل في عموم هذه الآية الكريمة ويعتبر من المحرمات لذلك(2).

وقوله تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً}[الإسراء:70]. حيث دلت الآية الكريمة على تكريم الله للآدمي، وهذا التكريم شامل لحال حياته وما بعد موته، وانتزاع العضو منه مخالف لذلك التكريم سواء في حال الحياة أو بعد الموت(3).

([1])قال بهذا كلا من: الشيخ آدم عبد الله علي، والدكتور عبد السلام السكري، والشيخ عبد الله الغماري، والشيخ محمد متولي الشعراوي، والشيخ السنبهلي، والأستاذ محمد عبد الله الأسعدي. (انظر: آدم عبد الله بن علي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حيًا أو ميتًا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع4 ، ج1، 1988، ص455. وانظر: عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، ط1، 1408هـ/ 1988م، ص106.وانظر: حسن بن علي السقاف، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1989م، ص266 .

([2])حسن بن علي السقاف، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، مرجع سابق، ص15

([3])المرجع السابق، ص28. وانظر: عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص115

2- دليلهم من السنة المطهرة: استدلوا بالأحاديث التالية:

- أحاديث النهي عن المثلة، ومنها حديث بريدة عن أبيه قال "كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا ...."(1). وقد دل هذا الحديث على حرمة التمثيل، وإن التمثيل لا يختص تحريمه بالحيوان وبتغيير خلقة الإنسان على وجه العبث والانتقام، بل هو شامل لقطع أي جزء أو عضو من الآدمي أو الحيوان أو جرحه حيًا أو ميتًا بغير مرض(2).

- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم"(3). وقد أفاد الحديث أن الحي يحرم كسر عظمه أو قطع أي جزء منه، وكذا الميت لأي سبب إلا الحي لسبب إذن الشارع فيه(4).

---

[1]) حديث رقم 1731، صحيح مسلم ج 3 ص 1357.

([2]) محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص362. حسن بن علي السقاف، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، مرجع سابق، ص20.

[3]) حديث رقم 1617، سنن ابن ماجه ج 1 ص 516

([4])حسن بن علي السقاف، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، مرجع سابق، ص21. انظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق،ص362. كمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بأعضاء البشرية والحيوانية، مرجع سابق، ص472

3- دليلهم من المعقول:

- إن من شرط صحة التبرع أن يكون الإنسان مالكًا للشيء المتبرع به، أو مفوضًا في ذلك من قبل المالك الحقيقي، والإنسان ليس مالكًا لجسده، ولا مفوضًا فيه لأن التفويض يستدعي الإذن له بالتبرع وذلك غير موجود(1).

- إن درء المفاسد مقصود شرعًا، وفي التبرع مفاسد عظيمة تربو على مصالحه، إذ فيه إبطال لمنافع أعضاء الجسم المنقولة، مما قد يؤدي إلى الهلاك، أو على الأقل إلى التقاعس عن أداء العبادات والواجبات(2).

---

(1)عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص107. وانظر: محمد برهان الدين السنبهلي، قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، 1408هـ/1988م، ص67. وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص364

(2) عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص110. وانظر: محمد يسري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإسـلامي، مرجع سابق، ص220. وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص364

4- استدلالهم بالقياس:

- إن حرمة المال أقل من حرمة النفس وقد أمر النبي ﷺ بتوقي كرائم الناس فمن باب أولى، وأحرى أن تُتقى أعضاؤهم(1).

- لا يجوز استقطاع الأعضاء الآدمية كما لا يجوز استقطاع الأبضاع(2) بجامع كون كل منهما من أعضاء الجسد(3).

5- استدلالهم بالقواعد الفقهية:

- "الضرر لا يزال بالضرر"(4). "الضرر لا يزال بمثله"(5)

---

(1)عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص118 . والكرائم جمع كريمة يقال ناقة كريمة أي غزيرة اللبن والمراد نفائس الأموال من أي صنف كان وقيل له نفيس لأن نفس صاحبه تتعلق به وأصل الكريمة كثيرة الخير وقيل للمال النفيس كريم لكثرة منفعته (انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، المطبعة السلفية، ج3 ، ص332).

(2) الأبضاع جمع ومفرده بضع، وهو الفرج أو مهر المراة، والمباضعة المجامعة (انظر: ابي الفضل عياض بن موسى السبتي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، دار التراث، ج1 ، ص96).

(3) محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص364. عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص116

(4)السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1 ، ص86

(5)مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1 ، ص19 وانظر: محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص365. وانظر: محمد برهان الدين السنبهلي، قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص61

فهاتين القاعدتين تتضمنان المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في هذه المسألة حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه بضرر آخر يلحق الشخص المتبرع(1).

- "ما جاز بيعه جازت هبته ومالا فلا"(2). حيث أن أصحاب القول الثاني يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، إذا فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات(3).

6- دليلهم من باب سد الذرائع: فالقول بالإباحة نقل الأعضاء من الميت يؤدي إلى:

- تفويت واجب شرعي، وهو دفن الميت ودفن وأعضائه فيكون حرامًا.

- شيوع التجارة بالجثث وأعضاء الأموات حيث يتخذ الفقراء والمساكين من ذلك موردًا لهم وتلك مفاسد عظيمة لا تجوز فتح الذرائع لها(4).

---

(1) محمد بن أحمد بن محمد ابن رشـــد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ج2 ، ص 247

(2) محمد محمد الشـــنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص365. وانظر: سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص24

(3)عصمت الله محمد عناية الله، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، 1408 ه، ص153. وانظر: آدم عبد الله بن علي، انتفاع الإنسان بأعضاء الإنسان آخر حيا أو ميت، مرجع سابق، ج1، ص425.

(4)ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج5 ، ص215

7- استشهادهم بأقوال الفقهاء المتقدمين رحمهم الله:

- أقوال فقهاء الحنفية: قال ابن عابدين رحمه الله: "وإن قال له آخر: اقطع يدي وكلها لا يحل لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار". وقال الكاساني رحمه الله: "أما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلا فهو قتل المسلم بغير حق، سواء كان الإكراه ناقصًا أو تامًا...وكذا قطع عضو من أعضائه، ولو إذن له المكره عليه، فقال للمكرَه افعل، لا يباح له لأن هذا مما لا يباح بالإباحة"(1).

- ومن أقوال المالكية: قال الصاوي رحمه الله: "إن كسر عظام الميت انتهاك لحرمته"، وقال أيضا: "فإن بقي شيء من عظامه فالحرمة باقية لجميعه، فلا يجوز استخدام ظفر الميت، ولا جزء منه ولا شعرة لأن هذه الأجزاء محترمة وفي أخذها انتهاك لحرمته"(2).

- من أقوال فقهاء الشافعية: قال النووي: "لا يجوز له -أي للمضطر- أن يقطع من معصوم غيره بلا خلاف، وليس للغير أن يقطع من أعضائه شيئًا، ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف"(3).

---

(1)الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7 ، ض177

(2) أحمد بن محمد الصـــاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق وضبط: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1415هـــ/1995م، ج1 ، ص423

(3)النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9 ، ص45

- ومن أقوال فقهاء الحنابلة: قال الإمام ابن قدامة رحمه الله: "فإن لم يجد المضطر شيئًا لم يبح له أكل بعض أعضائه، وإن لم يجد إلا آدميا محقون الدم لم يبح قتله إجماعا، ولا إتلاف عضو منه مسلما كان أو كافرا لأنه مثلة، فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه، وهذا لا خلاف فيه، وإن وجد معصومًا ميتًا لم يبح أكله"(1).

فهؤلاء الفقهاء اتفقوا على تحريم الانتفاع بأعضاء الآدمي ولو كان كافرًا في حالة الاضطرار فضلا عما دونها.

ثالثاً: جواز النقل من الكافر، وحرمة النقل من المسلم:ويمثل هذا القول الدكتور محمد الشنقيطي(2) واستدل بما يلي:

1- ما ذكره القائلون بجواز النقل من وجوه الحاجة التي بلغت مقام الضرورة، وما في حكمها.

2- إن هذه الضرورة يمكن دفعها بالكفار، وأما حالات الفشل الكلوي فإنها تعالج بالغسيل كما هو معروف، ولوجود هذين البديلين تضعف الحاجة والضرورة عن بلوغ المقام الذي يوجب التوسع إلى المسلمين سواء كانوا أحياء أو ميتين .فالأخذ من الكافر فيه أعمال للدليل المخالف.

---

(1)ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج9 ، ص335

(2) محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق،ص389

3- إن حديث جابر ﷺ في قصة الرجل الذي قطع براجمه(1) واضح في الدلالة على عدم اعتبار المصلحة الحاجبة بقطع شيء من الجسد، وأن ذلك يوجب نوعًا من العقوبة في الآخرة، ومن ثم فإنه لا يجوز الإقدام على قطع شيء من جثة المسلم طلبًا لدفع الحاجة المتعلقة بالغير، لأنه إذا لم يجر ذلك للشخص نفسه فمن باب أولى ألا يجوز لغيره، وأما الكافر فإنه لا يدخل ضمنه لأن تعذيبه في الآخرة مقصود شرعا فمن ثم أخذ شيء من جثته لسد حاجة المسلم.

4- إن الأصل يقتضي حرمة المساس بجسد المسلم بالجرح والقطع حيا أو ميتًا فوجب البقاء عليه حتى يوجد الدليل الموجب للعدول والاستثناء.

---

[1]) فعن جابر أن الطفيل بن عمرو الدوســـي أتى النبي ﷺ فقال: "يا رســـول الله هل لك في حصن حصـــين ومنعة، قال حصن كان لدوس في الجاهلية. فأبى ذلك النبي ﷺ للذي ذخر الله للأنصار فلما هـــاجر النبي ﷺ إلى المـــدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو وهاجر معه رجل من قومه فاجتووا المدينة فمرض فجزع فأخذ مشـــاقص له فقطع بها براجمه فشخبت يداه حتى مات فرآه الطفيل بن عمرو في منامه فرآه وهيئته حسنة ورآه مغطيا يديه فقال له ما صنع بك ربك فقال غفر لي بهجرتي إلى نبيه ﷺ فقال مالي أراك مغطيا يديك قال قيل لي لن نصلح منك ما أفسدت فقصها الطفيل على رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ اللهم وليديه فاغفر" (حديث رقم116، صحيح مسلم ج 1 ص 108).

-5-الضوابط الفقهية والقانونية والطبية لإباحة النقل من الموتى وزرعها في أجساد الأحياء

أولاً: الضوابط الفقهية والقانونية لإباحة النقل من جثة الميت(1):

- موافقة الإنسان قبل موته وتبرعه بأعضاء جسمه بعد وفاته أو موافقة ذويه على ذلك.

- موافقة ولي أمر المسلمين أو من ينوب عنه في حالة الجثة المجهولة والتي لم تعرف هويتها.

- تحقق الضرورة بأن يكون النقل لإنقاذ الغير بحيث لا يغني عنه سواء من أعضاء حيوان أو أي عضو صناعي.

- أن تتم عملية أخذ العضو ونقله بكل رفق حفاظا على كرامة الميت ثم يعاد رتق المكان الذي اخذ منه، بحيث لا يترتب على ذلك تمثيل بجثة الميت.

- عدم بيع الأعضاء، أو أخذ بدل مادي من قبل الميت قبل وفاته أو ورثته من بعد مماته.

---

(1)أحمد شرف الدين :الأحكام الشرعية الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص137. وانظر: محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص179.

- التحقق من الموت.

- مصلحة المريض المتلقي وضرورته، وأن يكون مسلما مكلفا.

- لا يجوز التبرع بالأعضاء التي تحمل الخصائص الوراثية مثل الخصية والمبيض.

- أن تكون العملية بواسطة طبيب ماهر يغلب عليه الظن بنجاح العملية.

ثانياً: الضوابط الطبية لإباحة النقل من جثة الميت(1):

- أن يكون المتوفى قد مات بموت الدماغ، وذلك للحصول على الأعضاء المهمة مثل القلب والرئتين والكبد والبنكرياس والكلى.

- يمكن أن يستخدم الموتى الذين توفوا نتيجة موت القلب وتوقف الدورة الدموية في أغراض نقل القرنية والجلد والعظم والغضاريف.

- أن يكون المتوفى خاليا من الأمراض المعدية مثل الإيدز والتهاب الكبد الفيروس.

- ألا يكون هناك ورم خبيث في الجسم ما عدا أورام الدماغ أو أورام الجلد غير منتشرة.

---

(1)محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص179

- ألا يكون المتوفى قد جاوز الخمسين عاما بالنسبة لغرض القلب، أو جاوز الستين بالنسبة لغرس الكلى.

- أن تكون فصيلة دم المتوفى مطابقة لفصيلة دم الشخص الذي سينقل إليه العضو.

- ألا يكون هناك تضاد بين أنسجة المعطي وأنسجة المتلقي، وهو ما يسمى بفحص مطابقة الأنسجة.

- ألا يكون المتوفى مصابا بضغط الدم وضيق الشرايين.

المبحث الثاني استئجار الأرحام بين الشريعة والقانون

يعتبر "التلقيح الصناعي" إحدى النتائج التي ولدتها الثورة البيولوجية التي اجتاحت العالم في القرن الماضي، حيث استُخدمت كوسيلة من الوسائل التي تساعد على الإنجاب.

وإحدى النتائج التي تمخضت عن التلقيح الصناعي الخارجي ما يسمى "استئجار الرحم"، وهو أنه بدلاً من أن تعاد البويضة بعد تلقيحها بالأنبوب إلى رحم الزوجة تعاد إلى رحم امرأة أخرى غريبة عن الزوجين، وسبب ذلك هو أن رحم المرأة لا يكون صالحاً لاستقبال البويضة، ونتيجة لذلك -أي عملية زرع البويضة في رحم امرأة أجنبية- أثير جدل فقهي وقانوني كبير ولا سيما في الشريعة الإسلامية، باعتبار أن العلاقات الأسرية تخضع لقانون الأحوال الشخصية.

لذلك فسوف نتطرق في هذا المبحث للحديث عن مفهوم استئجار الرحم؟. وما هي صور هذا الاستئجار؟، وما هو الحكم الشرعي والقانوني والطبي لاستئجار الأرحام؟، وأخيراً الآثار المترتبة على استئجار الأرحام.

-1-مفهوم استئجار الأرحام

أولاً: تعريف استئجار الأرحام: استئجار الأرحام مركب إضافي من كلمة "استئجار" وهي المضاف و"الأرحام" وهي المضاف إليه.

- الاستئجار: مشتقة من المؤاجرة، والمؤاجرة تمليك منافع مقدرة بمال، والاستئجار تملك ذلك(1). أما الإجارة: فمشتقة من الأجر، وهو العوض ومنه سمي الثواب أجرا وفعلها أجر، ولها معنيان: الأول: الكراء على العمل. والثاني: جبر العظم الكسير(2).

وفي الاصطلاح فقد عرف الفقهاء الإجارة: بأنها عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم(3).

([1])عمر بن محمد بن أحمد أبو حفص النســـفي، طلبة الطلبة، مطبعة العامرة، مكتبة المثني، بغداد، كتاب الاجارات، ص**20**.

([2])ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة :أجر.

([3]) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 410/3.

- والأرحام: جمع، مفردها: رحم، وله معنيان في اللغة: الأول: بيت منبت الولد ووعاؤه في البطن. أما الثاني: فهو اسم لكافة الأقارب من غير فرق بين المحرم وغيره(1).

والمعنى الأول هو الذي يعنينا في بحثنا وهو مقصود الفقهاء في حديثهم عن هذه المسألة.

وقد سماه القرآن الكريم بـ "القرار المكين" {فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ}[المرسلات:21]. وهو الحوض الحقيقي الذي تلتقي فيه الخليتان من ماء الزوجين، وحينئذ تعلق في جدار الرحم وتصبح علقة عالقة، ثم تنمو بعد ذلك نموا طبيعيا إلى مضغة، ومن مضغة إلى عظام يكسوها اللحم ثم إنسان كامل.

قال تعالى: {وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ

---

(1)لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، مادة: رحم.

الْخَالِقِينَ}[المؤمنون:12-14].

أما استئجار الأرحام: فهو استخدام رحم امرأة سليم لزرع لقيحه مكونة من بويضة امرأة ونطفة زوجها، فتحمله وتضعه مقابل مبلغ من المال، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما(1).

ثانياً: أسماء الرحم المستأجرة: أطلق العلماء ألفاظا ومصطلحات عدة على عملية استئجار الأرحام من أشهرها:

الرحم الظئر: الظِّئر هي العاطفة على ولد غيرها، المرضعة له في الناس وغيرها، وجمعه: أظئر وآظار(2)، ومن هنا قيل للبذرة الأنثوية -البيضة- من امرأة بعد تعرضها لمني الزوج مثلها حتى يلتحم بها ثم إيداع ذلك في رحم امرأة أخرى قيل لذلك الرحم "الظئر".

([1])الموســوعة العربية العالمية الســعودية، مؤسسة أعمال الموسوعة العربية لعام **1996**م، الرياض **325/16**.

([2])السيد محمد مرتضى الزبيدي الحنفي، تاج العروس في جواهر القاموس، مادة ظئر.

شتل الجنين: الشتل: القطع، وشتل الجنين: حقيقته أن يجامع رجل امرأته التي هي غير صالحة للحمل، ثم ينقل الماء منها إلى رحم امرأة ذات زوج بطريقة طبيعية فتحمله إلى نهاية وضعه وطريقة النقل هذه هي "الشتل"(1).

ويعترض الشيخ ابن محمود في رسالته "الحكم الاقناعي في التلقيح الصناعي" على تسميته بـ "الجنين" قال: "وإنما يسمى "منيا" فلا يكون جنينا حتى تنفخ فيه الروح"(2).

المضيفة: وهي المرأة الأخرى التي ينتقل إلى رحمها البيضة اللقيمة، وهي أيضا الحاضنة(3).

الحاضنة: وقد رفض الشيخ ابن محمود في رسالته هذه التسمية أيضا وقال: "إن هذا من باب الحقائق فإنه لا حضانة إلا للطفل الصغير حتى خرج إلى الوجود حيا وما دام في بطن أمه فانه يسمى حملا، وأمه حاملا، لا يقال حاضنة(4).

---

(1)إبراهيم القطان، الإنجاب في ضوء الاسلام، مجلة البحوث الفقهية، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، الكويت، ص465.

(2)عبدالله بن زيد أل محمود، الحكم الاقناعي في ابطال التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي العدد الثامن عام **1998**، ص**4**.

(3)إبراهيم القطان، الإنجاب في ضوء الاسلام، مرجع سابق، ص467.

(4)عبدالله بن زيد أل محمود، الحكم الاقناعي في ابطال التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص4.

الأم المستعارة: وهي التي نقل إلى رحمها البيضة اللقيحة وتسمى أيضا "مؤجرة البطن"(1).

الرحم المستأجر أو الرحم البديل: وتسمى الأم هنا بالمستأجرة أو البديلة، أو الأم بالوكالة أو بالإنابة .....الخ.

ويبدو إن العلماء والباحثين قد وجهوا أنظارهم في هذه العملية إلى من تزرع اللقيحة في رحمها دون غيرها، فاختلفوا في تسميتها بناءً على اختلافهم في حكمها.

فالمبيحون لها يسمونها بـ "الأم البديلة" وعلى رحمها بـ "الرحم البديل". أو "الأم الحاضنة" أو "المضيفة" وعلى رحمها بـ "الرحم الظئر". ولهذا نجد أن مجلس الشورى في إيران لما أباح هذه العملية دعا إلى تغير مصطلح الرحم المستأجر إلى الرحم البديل وعلل ذلك بأنه الأنسب.

أما المانعون لها فيسمونها بـ "الأم المستأجرة"، ورحمها بـ "الرحم المستأجر". أو "الأم المستعارة"، أو "الأم بالوكالة" أو "بالإنابة".... الخ.

---

(1)عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، طبعة دار النفائس، الأردن، ط1، 1421هـ/2001م، ص86.

ثالثاً: الأسباب الملجئة إلى استئجار الأرحام: لا شك إن هنالك أسبابا تدفع العاقدين -الزوجان والمرأة المستأجرة- لإجراء مثل هذا العقد على النحو الأتي:

1- أسباب الزوجين الملجئة لاستئجار الأ رحام من أهمها(1): هناك عدة أساب تجعل الزوجين يلجأون إلى استئجار الرحم، منها:

ضعف الرحم وعدم القدرة على الاستمساك بالجنين والاحتفاظ به مدة الحمل، مما يؤدي إلى طرد الجنين.

قد تعاني المرأة من أمراض تؤدي إلى وفاة الجنين المتكررة قبل بلوغه المدة.

أو أن الحمل يسبب لها أمراضا شديدة كتسم الحمل.

وجود عيوب خلقية شديدة في الرحم.

أو يكون رحمها قد أزيل بعملية جراحية مع سلامة مبيضها، أو ربما مولودة بلا رحم أصلا.

قد تفعل ذلك امراة سليمة لا يوجد فيها مانع من الحمل، وانما تفعل ذلك ترفها، فهي لا تريد تحمل أعباء الحمل والولادة فتستأجر امراة تحمل عنها جنينا، فإذا تكامل ووضعته تسلمته منها.

---

(1)رافت عثمان سعيد، استئجار الأرحام، منشور على شبكة الانترنت، موقع:www.bab.com.

2- أسباب المراة المستأجرة الملجئة لإجارة رحمها: بعد الاستقراء وجدنا أن الدافع الأساسي لإجارة المراة رحمها هو العامل الاقتصادي.

فبالرغم من أن الأمومة من أكثر الغرائز رقيا، إلا أنها تحولت في بعض الدول إلى سلعة منحطة استغلها معدومو الضمير للمتاجرة والربح، لتظهر تجارة من نوع جديد "تأجير الأرحام" والتي أصبحت من أحد مظاهر تداعيات الفقر في بعض الدول النامية.

رابعاً: صور الرحم المستأجر: الرحم المستأجر يعد صورة من صور التلقيح الصناعي الخارجي، إلا أن هذه العملية أخذت تتعدد صورها تبعا لتعدد أسباب اللجوء إليها(1).

الصورة الأولى: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة زوجته، ثم تزرع اللقيحة في رحم إمراة أخرى تتطوع بحملها، مقابل مبلغ من المال يسلم إليها فور ولادتها للطفل. وتلجأ الزوجة إلى ذلك عند عجز رحمها عن الحمل، أو تفعل ذلك ترفها للمحافظة على جسدها وتخلصا من متاعب الحمل وآلام الولادة. وهذه الصورة أشهر صورة حولها دار الجدل الفقهي والقانوني، فتردد حكمها الشرعي بين الإباحة والتحريم.

([1]) حســـني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، **2000**م، ص**812**.

الصورة الثانية: هي نفس الأولى، إلا أن المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها. وهذه الصورة لا تقل شهرة عن الأولى، وقد تردد حكم هذه الصورة الشرعي بين الإباحة والتحريم.

الصورة الثالثة: أن تلقح بويضة الزوجة بماء رجل ليس زوجها -اجنبي- وتوضع اللقيحة في رحم المراة المستأجرة. والملجئ إليها عقم الزوج، وعجز رحم الزوجة عن الحمل لكن مبيضها سليم وهذه الصورة محرمة.

الصورة الرابعة: وتكون عن طريق التلقيح بين نطفة الزوج وبين بويضة أمرأة ليست بزوجته، ثم تزرع البويضة الملحقة في رحم أمرأة أخرى -ليست زوجته ولا هي صاحبة البويضة- لقاء مبلغ من المال يسلم لتلك المرأة صاحبة الرحم، وهي بالمقابل مطالبة بتسليم الطفل بعد الولادة إلى الرجل صاحب الماء، وإنما يلجأ إلى هذه العملية إذا كانت الزوجة تعاني من مشاكل في رحمها.

الصورة الخامسة: لهذه الصورة وجوه متعددة خلاصتها: "أن تؤخذ البويضة من امراة سواء كانت متزوجة أم لا، وتلقح من ماء رجل أجنبي عنها سواء كان متزوجا أم لا، ثم يزرع الجنين في رحم امراة أجنبية عن صاحب المني سواء كانت المراة أخذت البويضة منها أم غيرها. وهذه الصورة مهما اختلفت وجوهها فهي محرمة.

الصورة السادسة: أن تؤخذ اللقيحة المجمدة للزوجين وتزرع في رحم المراة المستأجرة، ولكن بعد وفاة الزوجين، وهذه الصورة محرمة(1).

وسوف نناقش فيما يلي الصورتين الأولى والثانية لتردد حكمها الشرعي بين الإباحة والتحريم، أما باقي الصور فقد أجمع العلماء والفقهاء على تحريمهم، ولا خلاف على ذلك، فلن تتم مناقشتهم.

-2-حكم الشريعة والقانون والطب من صور الرحم المستأجر

المراة السليمة التي لا تريد الحمل ترفها، هذه لا يحل لها استئجار الرحم باتفاق العلماء؛ وذلك لأنها فاقدة لشروط الحل ابتداءً.

أما حالة المراة غير السليمة، فقد حصل الخلاف فيها من نواحي متعددة لاختلاف صورها، ولكن من حيث الجملة يمكننا القول بأن إتفاق العلماء حاصل على حرمة صور الرحم المستأجر باستثناء الصورتين الأولى والثانية منها، فقد اختلفوا فيها كما اختلفوا في الآثار المترتبة عليها.

أولاً: حكم الشريعة من صور الرحم المستأجر:

1- حكم الصورة الأولى لاستئجار الأرحام: اختلف الباحثون في حكم هذه الصورة إلى رايين:

---

(1) سوف نتناول هذه الصورة بالتفصيل في المبحث الثالث "تجميد البويضات والحيوانات المنوية".

الرأي الأول: ذهب إلى القول بالتحريم: لهذا قال أكثر العلماء المعاصرين(1)، وبه صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر رقم(1) بجلسته المنعقدة بتاريخ الخميس 29 مارس 2001م، وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الأخر 1405هـ/ من 19 يناير 1985م إلى يوم الاثنين 7 جمادي الأولى 1405هـ/ 28 يناير 1985م.

وقد احتج القائلون بالتحريم بأدلة عدة نذكر منها:

أ- قوله تعالى: {وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ}[المؤمنون:5- 7]، حيث بينت الآية صفات المؤمنين، وعدت من صفاتهم حفظ الفرج وصونه من الوقوع في الفاحشة، إلا ما استثنته الآية مع الزوجة وملك اليمين، ونقل بذرتي الزوجين بعد تلقيحها إلى الرحم المستعار أشبه ما تكون بالزنا.

ويرد على هذا الاستدلال أنه: لا يمكن قياس هذه الصورة بالزنا فهو قياس مع الفارق، وذلك لانعدام صورة الجماع في مسألة الرحم المستعار، فركن الإيلاج مفقود هنا بخلاف الزنا.

---

(1)علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي، ص7.

ب- قوله تعالى: {وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ}[النحل:72]، حيث دلت الآية على أن الله تعالى خلق الزوجين بعضهما من بعض، وشرع بينهما علاقة زوجية يكون من نتاجها الذرية، وصاحبة الرحم المستعار لا دور لها في هذا النتاج، ولم تشارك في إعدادها.

ج- قالوا إن الأصل في الابضاع التحريم، ولا يباح إلا ما نص عليه الشارع، والرحم تابع لبضع المراة، فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد شرعي صحيح، فكذلك الرحم لا يجوز شغله بغير حمل الزوج فيبقى على أصل التحريم(1).

د- إن الرحم ليس قابلا للبذل والإباحة، فإن الشارع حرم استمتاع غير الزوج ببضع المراة؛ لأنه يؤدي إلى شغل رحم هذه المراة التي استمتع ببضعها بنطفة لا يسمح الشرع بوضعها فيها إلا في إطار علاقة زوجية يقرها الشرع، فيكون الرحم أيضا غير قابل للبذل والإباحة من باب أولى، وذلك للمحافظة على صحة الأنساب ونقائها. وما لا يقبل البذل والإباحة لا تصح هبته

(1)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص **225**.

وكذلك إجارته، لأن الإجارة عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة لعوض معلوم، وقد مثل الفقهاء للشيء الذي لا يقبل البذل والإباحة ببضع المراة لان الاستمتاع به قاصرا على الزوج، ولا يجوز إباحة هذا الاستمتاع لغير الزوج، فلا يجوز أن يكون حملا بالإجارة(1).

ويرد على هذا الاستدلال وما قبله أنه: لا خلاف فيهم ولا غبار عليهم؛ لأن كل المذاهب على اختلافها متفقة على هذه القاعدة العامة بأن "الأصل في الأشياء الإباحة والأصل في الابضاع التحريم". وأن الرحم لا يشغل إلا من قبل الزوج، كما إن ماء الرجل لا يباح وضعه إلا للزوجة أو ملك اليمين وخلاف ذلك اعتداء على حدود الله، لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاء ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ}[المؤمنون5-7].

---

(1) رافت سعيد عثمان، بحوث فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص5.

هـ- وجود شبهة اختلاط الأنساب لاحتمال أن تفشل عملية التلقيح بعد وضع اللقيحة في الرحم المؤجر ويحدث الحمل عن طريق مباشرة الزوج لزوجته، فيظن أن الحمل والوليد للمستأجر، مع أنه بالواقع ليس له. وكذلك ترد هذه الشبهة في حالة استمرار الزوج مباشرة زوجته وهي حاملة للبويضة الملقحة، لأن الجنين يتغذى بماء الزوج، كما يتغذى من إلام الحامل. وقد ورد النهي الصريح عن وطء الحامل التي هي من هذا القبيل فعن رويفع بن ثابت الأنصاري ﵁ إن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره"(1). يعني إتيان الحبالى.

وقال ابن القيم: "فالصواب أنه إذا وطئها حاملاً صار في الحمل جزء منه، فإن الوطء يزيد في تخليقه"(2). كما قال الإمام احمد: "الوطء يزيد في سمعه وبصره. وقد صرح النبي عليه الصلاة والسلام بهذا المعنى في الحديث السابق، ومعلوم إن الماء الذي يسقي به الزرع يزيد فيه، ويتكون الزرع منه. ولا يمكن أن نقول يمنع الزوج من وطء زوجته مدة الحمل؛ لما في هذا من منعه من واجب عليه إذ لم يكن له عذر، كما هو منصوص مذهب المالكية والحنابلة،

---

(1)حديث رقم **2158**، سنن أبي داود ج **2** ص **248**

(2)ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1407هـ/1986م، 140/5.

بل قد يكون واجب عليه بالإجماع إذا خاف على نفسه الوقوع في الزنا، والمنع من الواجب حرام وما يؤدي إلى الحرام يكون حراما، كما أن اشتراط منع الزوج من وطء زوجته شرط باطل لمخالفته لمقتضى العقد"(1).

ويرد على هذا الاستدلال: على النحو الآتي:

- إن اللقيحة لا تزرع في رحم المراة المستأجرة إلا بعد التأكد من عدم وجود حمل عندها.

- إذا زرعت اللقيحة فإنها تحتاج إلى تحضيرات، وهذه التحضيرات الكثيرة تمنع اتصال الزوج بها، ولا تخرج من المستشفى إلا بعد أن يكون المبيض قد أغلق بعد العلوق، وامتنع عن الاباضة(2).

- ثم إن الزوج يحرم عليه مقاربتها طوال فترة الحمل لورود النهي بذلك. فإذا كان الرحم خاليا عند الزرع، والمبيض امتنع عن الاباضة بعد زرع اللقيحة والزوج امتنع عن المقاربة فمن أين يأتي اختلاط الأنساب؟.

- هذا بالإضافة إلى ظان وسائل إثبات النسب وتحليل الحمض النووي تمكن من إثبات النسب وبسهولة(3).

---

(1)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص**227**.

(2)عارف علي عارف، الأم البديلة، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، 817/2.

(3) المرجع السابق، 819/2.

و- قالوا أيضا: "إن التلقيح بهذه الطريقة مستلزم لانكشاف عورة المراة النظر إليها، ولمسها، والأصل في ذلك أنه محرم شرعا، لا يجوز إلا لضرورة أو حاجة شرعيتين، ولو سلمنا بقيام حالة الضرورة أو الحاجة في حق صاحبة البويضة لم نسلمها في حق صاحبة الرحم البديل؛ لأنها ليست هي الزوجة المحتاجة للأمومة"(1).

ويرد على هذا الاستدلال: بأنه لو كان المحذور هنا هو كشف العورة فقط لجاز كشفها لحاجة الزوجة وإن لم تكن بالمتبرعة حاجة استنادا لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" التي لم تفرق كون الضرورة حالة بالنفس أو بالغير، ثم لو احتاج شخص إلى تبرع امراة بدمها ألا يجوز لهذه المراة كشف ذراعها أمام الطبيب لسحب الدم منها .والقول بأن العورة المغلظة اشد تحريما لايغيرمن الأمر شيئا،فالمقام هنا كشف العورة يجوز من اجل الضرورة المتعلقة بالغير(2).

---

(1)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص**227**.

(2)زراعة الأجنة، بحث منشور في مجلة الإسلام، العددان **231**، **232**، سنة **1998**، ص72.

ز- قالوا أيضا: "من أهداف الشريعة الإسلامية، سد الأبواب التي تؤدي إلى حدوث النزاع والخلاف بين أفراد المجتمع، كل ما يؤدي إلى حدوث نزاع بين الأفراد يكون غير جائز شرعا، وتأجير الأرحام سيؤدي في الغالب إلى حدوث هذا النزاع بين المراتين، أيهما الأم؟. هل أهي صاحبة البيضة الملقحة، أم هي التي حملت وولدت بل الاحتمال قائم بصورة قوية إذا امتد الخلاف بين أطراف أخرى يمكن استفادتهم في ثبوت نسب الطفل من جهتهم، وخاصة إذا كان للطفل حقوق مادية كالميراث من أبيه مثلا(1).

ويرد على هذا الاستدلال: بأن النزاع والخلاف يمكن أن يزول بتشريع قانون ينظم هذه المسألة ليعرف كل طرف حقوقه وواجباته فإذا حصل هذا فلم يعد هنالك خلافا(2).

ح- الضرر الذي سيلحق بالولد طيلة حياته، وهو يتساءل، أيهما هي أمه الحقيقية؟ أهي الأم الحاضنة التي تحملت أعباء الحمل والآم الولادة. أم صاحبة البويضة التي قد يكون دافعها لاستئجار الرحم هو الحفاظ على تناسق جسمها وجماله؟. وأيهما أحق ببره وطاعته ونفقته؟، وغيرها من التساؤلات التي ستجعله في حيرة من أمره، وقد يسبب الأمر الكثير من الآثار النفسية والاجتماعية السيئة عليه،

---

(1)عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الام البديلة، مرجع سابق، 15/18.

(2)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص229.

وما هذا إلا فساد لمعنى الأمومة المقدس.

فضلاً عن ذلك، ما تسببه هذه العملية من مضرة قد تلحق المتبرعة نفسها كتعرضها لألسنة أهل السوء، وما يطلقونه عليها من اتهامات وأقاويل لاسيما إذا لم تكن صاحبة زوج، كان تكون أرملة أو مطلقة، إذ قد تعيش المرأة بالحمل في بطنها وعليها كل مظاهر الحمل وهي بدون زوج.

الرأي الثاني: ذهب إلى القول بالإباحة: بهذا أفتى بعض الباحثين المعاصرين(1)، وهو القول المجمع عليه عند الأمامية(2).

وقد احتج القائلون بالإباحة بأدلة عدة نذكر منها:

أ- قالوا: إن الأصل في الأشياء الإباحة، ولا تحريم إلا بنص قطعي(3)، ومشروع الأم البديلة يظل مباحاً، طالما لم يرد بشأنه نص شرعي يحكم بتحريمه.

([1]) أمثال الدكتور عبد المعطي بيومي عميد كلية اصول الدين وعضو اللجنة الدينية بمصر عبر حديث للعربية نت، نشر على شبكة الانترنت.

([2])آية الله اليزدي، التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة فقه اهل البيت، العدد السابع، ص5 .

([3])آية الله اليزدي، التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص5. وانظر: الإنجاب المدعوم طبيا، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت ، العدد السابع، شركة الغدير، بيروت، لبنان، ص9.

ويرد على هذا الاستدلال: إن فيه نظراً، لان الصحيح إن الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع هو الحل في المنافع والتحريم في المضار، لا الإباحة المطلقة، ولو سلمناها، فهي مقيدة بقاعدة أخرى، وهي إن الأصل في الابضاع التحريم.

أما القول بأنه لا تحريم إلا بنص قطعي، فانه أريد قطعي الثبوت لم يسلم لان خبر الواحد ظني الثبوت، ويثبت التعبد به مع قصوره عن إفادة العلم وان أريد به قطعي الدلالة: فلا يسلم أيضا فالكتاب والسنة المتواترة منها ما هو ظني الدلالة إلا انه يحتج به(1).

ب- واستدلوا بقياس الرحم على الثدي بجامع التغذية في كلٍّ فكما تتم التغذية عن طريق الفم في حالة الإرضاع، تتم في الرحم بمواد مستخلصة من الطعام المهضوم في أحشاء الأم بواسطة الحبل السري، فهي مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين في كل منهما، وقال بعضهم: إن الجامع الاستئجار فهذه تؤجر رحمها وتلك تؤجر ثديها(2).

([1])حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص228

([2])أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين اقوال الاطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، **2006**، ص**255**. وانظر: عطا السنباطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط**1**، **1421**، ص2590.

ويرد على هذا الاستدلال: بأن قياس الرحم على الثدي بجامع منفعة التغذية في كلٍّ لا يصح؛ لان شرط العلة أن تكون وصفاً ظاهراً منضبطاً،والمنفعة وان كانت وصفاً ظاهراً إلا إنها ليست منضبطةً؛ لان معنى الانضباط الوارد في تعريف العلة هو أن تلزم العلة حالة واحدة، فلا تكون مضطربة أي لا تتغير بتغير الأشخاص والأزمان .والمنفعة وصف مضطرب؟ لاختلافها باختلاف الأشخاص والأزمان؛ فرب منفعة لشخصٍ هي مضرة لشخص أخر، ورب منفعة في زمن هي مضرة في زمن أخر، فلا تصلح أن تكون إلا في القياس.

فان قيل: إن العلة ليست مطلق المنفعة بل خصوص التغذية وعدم انضباطها؛ فتغذيةالجنين من الأم الحاضنة قد تكون منفعة ومصلحة إذا كانت الأم سليمة، ولم تتعاط أية أدويةمؤثرة على صحة الجنين ولم يطرا عليها مرض، وقد تكون مضرة للجنين إذا وجد شيء من ذلك. وإما أن يكون الجامع الاستئجار فلا يصح ذلك، لأمرين:

أولهما: إن العلة وصف ظاهر منضبط ، يلزم من وجوده وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم، والإجارة ليست كذلك؛ إذ تنعدم ولا تنعدم إباحة الرضاع؛ لإمكان تبرع المرضعة به.

والثاني: قيام الفارق بين المقيس والمقيس عليه؛ لان تأجير ثدي المراة قد أبيح للضرورة وهي: المحافظة على حياة الرضيع، بخلاف تأجير الأرحام فهو لإنشاء حياة جديدة، ولا ضرو رة فيه، وما جاز للضرورة لايقاس على غيره(1).

ج- وجود حالة الحاجة الشرعية، حيث يلجأ لهذه الطريقة عند وجود أسباب طبية غالبا ما تمنع المراة من الحمل، كأن تولد بلا رحم،أو تكون مصابة بتشوهات أو مرض يجعل الحمل مستحيلا أو عند إرادة الوقاية من انتقال بعض الأمراض الوراثية عن طريق الأم البيولوجية.والرغبة في تحصيل الولد حاجة لا تنكر، والحاجة تنزل منزلة الضرورة(2).

ويرد على هذا الاستدلال: بعدم التسليم بتوافر حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة ، فأن دفع الحاجة إلى التنعم بالولد لمن حرم منه عن طريق استئجار الأرحام ،وان كان مصلحة ، إلا إن المفاسد المترتبة على وسيلة دفع الحاجة أرجح منها ،فأن هذه الطريقة تؤدي إلى التنازع بين الناس مع ما فيه من شبهة الاختلاط في الأنساب.

---

(1)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص**320**.

(2)عطا السنباطي، بنوك النطف والاجنة، مرجع سابق، ص**259**. وانظر: أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين اقوال الاطباء وأراء الفقهاء، ص256.

الرأي المختار: إن كان لنا أن نختار لاخترنا القول القائل بالتحريم، وذلك فبالإضافة إلى ما قدمه المانعون لها من أدلة، فإن قاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" تصلح دليلا قويا للقول بالتحريم لما تخلفه هذه العملية من مفاسد وأضرار على جميع الأصعدة تجعلها مرفوضة عقلا وشرعا وعرفا، فلو نظرنا إلى:

أ- المحرمية: فالأثر المترتب على تأجير الرحم من هذه الناحية هو القول بأنه: يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاع "فيصبح عندئذ المولود محرما على المراة المستأجرة كالأم الرضاعية، وعلى أولادها، كما يحرم على زوج المستأجرة الزواج بالمولود على فرض انها أنثى .ولو سلمنا بأن هذا كله يمكن ضبطه، فكيف سينضبطها لو أجرت هذه المراة رحمها لأكثر من أسرة، وتوفيت، ثم حدث مستقبلا تزاوج بين أبناء هذه الأسر، أليس في هذا مخالفة لمقاصد الشرع الذي يحرص على نقاء النسب وصيانته من التدليس والتزييف والضياع.

ب- النفقة: فالسبب الملجئ في تأجير المراة رحمها في الغرب هو الحصول على المال لتنفقه على نفسها وأسرتها. والمراة في الإسلام ليست ملزمة بالإنفاق على أولادها فضلا عن نفسها ولو كانت موسرة، بل النفقة واجبة على الزوج

وجعلت أساس القوامة لقوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ}[النساء:34]. حتى إن بعض العلماء قالوا: "إذا لم ينفق عليها لم يكن قواماً عليها"(1). وعندئذ فلا يوجد هنا أي سبب ملجئ للمراة المسلمة لأن تعرض رحمها لتنفقه على زوجها وأولاده ، وكيف يرضى هذا الزوج أن يشغل رحم زوجته بماء رجل أجنبي؟.

ج- الحياء: إنه أجمل ما تصف به المراة المسلمة، وهو شعبة من الإيمان لقوله عليه الصلاة والسلام: "الحياء شعبة من الإيمان"(2)، لذا نرى المرأة المتزوجة المسلمة إذا ما علمت بحملها ازدادت حياءً وأول شيء تفكر فيه هو الملابس الفضفاضة لتستر نفسها وتخفي حملها فيه، مع إنه حمل شرعي لا غبار عليه، وكلما كبر الجنين ازدادت حياءاً ولا تخرج إلا للضرورة.

فأين هذا كله من المراة المستأجرة لرحمها لاسيما إذا كانت أرملة أو مطلقة كيف تغدو وتروح بين الناس وهي حاملاً بلا زوج .!!ثم إن كانت غير متزوجة على راى المبيحين لذلك،

([1])القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشـــام ســـعيد البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، 1423، 169/5.

[2]) حديث رقم 58، سنن ابن ماجه ج 1 ص 22.

وظهر عليها الحمل، أليس في ذلك تعريض لها للقذف وإشاعة للفاحشة في المجتمع وأين هي من القول المأثور: "رحم الله امرا جب الغيبة عن نفسه"، وليتدبر القائلون بالإباحة في قوله تبارك وتعالى: {إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ}[النور:19].

د- هنالك سؤالان فيما يخص الزوجين في هذه القضية: الأول: هل يمكن تقييم أخطار تقنيات هذه العملية؟. والثاني: هل من المشروع إخضاع المراة لهذه التجارب الشاقة؟.

ففي جواب السؤال الأول قال أهل الاختصاص(1): "أولاً- إن عملية العقم إذا كانت من المراة أو من الرجل ففي كلتا الحالتين تحتاج طبياً إلى إثارة مفرطة للمبيض قد تؤدي إلى ظهور تكيسات مبيضية أو جروح في الحوض نتيجة بضع المبيض وهذا أول خطر لهذه العملية. ثانيا- إن نسبة نجاح هذه العملية كما تزداد إذا كان العقم من احد الطرفين فأنها تنخفض إلى 5% في حالة وجود اضطرابات قوية في الخلايا المشيمية للمراة.

(1)آية الله اليزدي، التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص18.

ثالثا: يحتمل وجود خطر لاحق، مثل تشجيع ظهور سرطان الثدي أو المبيض عند النساء اللاتي خضعن لعمليات إثارة متكررة وان كان هذا الاحتمال لم تؤكده الدراسات الإحصائية".

وللجواب على السؤال الثاني نقول: "لا يجوز إكراه المراة على هذه العملية العلاجية لما تسببه لها من إرهاقا جسدياً ومعنوياً خصوصاً إذا خضعت إلى محاولات متعددة لعدم وجود دليل شرعي على وجوب إخضاعها لهذه الأمور، التي لم تكن منظوراً إليها وقت العقد، ولم ينٍ عليها العقد ولم تشترط عليها حين العقد، وإكراه المراة والحالة هذه بالإضافة إلى عدم مبرر له يجعل استعمال جسد المراة وسيلة وليس هدفاً في حد ذاته، وهذا يشكل مساساً بمبدأ الاستقلالية للمراة، وهو لا يجوز.

2- حكم الصورة الثانية لاستئجار الأرحام: إن هذه الصورة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها ثم تزرع في رحم زوجة ثانية لذات الرجل، وذلك بمحض اختيارها للقيام بهذا الحمل عن ضرتها، عند قيام الحاجة، كأن يكون رحم إحدى الزوجتين معطلاً أو منزوعاً، ولكن مبيضها سليم بينما يكون رحم ضرتها سليماً.

والقائلون بالإباحة بالصورة الأولى يبيحون هذه الصورة من باب أولى، أما القائلون بتحريم الصورة الأولى فقد اختلفوا في شرعية هذه الصورة إلى رأيين.

الراي الأول: ذهب إلى القول بالإباحة: وممن قال بذلك المجمع الفقهي بالأغلبية في دورته السابعة 1404هـ والقاضي الأستاذ عبد القادر العماري، والدكتور علي محمد يوسف المحمدي، والأستاذ محمد علي التسخري، والدكتور عارف علي عارف وآخرون(1).

وقد احتج القائلون بالإباحة بأدلة منها:

أ- أن المراتين زوجتان لرجل واحد، والزوجة الأخرى قد تبرعت بحمل اللقيحة لضرتها، فوحدة الأبوة متحققة، والتماسك العائلي موجود وشبهة اختلاط الأنساب هنا مختفية. لأجل هذا أباح المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بالأغلبية هذه الصورة في دورته السابعة، ولكن بشرط الحيطة الكاملة في عدم اختلاط النطف، لأن الخطأ في اختلاط بويضة ملقحة بأخرى ستمتد أثاره إلى أجيال وأجيال، كما اشترط قيام الحاجة لذلك.

---

[1]مجلة المجمع الفقهي، تراث المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الاولى حتى الدورة الثامنة، 1985، 378/1. وانظر: ياسين الطيب، ثبوت النسب، دار البيان العربي جدة، ط1، 1987 ص 317.

ويرد على هذا الاستدلال: بأن الأمر لا يخلو من مفسدة الوقوع في اختلاط الأنساب من جهة الأم، حتى لو كانت المتبرعة زوجة ثانية للزوج، وذلك لاحتمال معاشرة زوجها لها في فترة متقاربة مع زرع الملقحة للزوجة الأولى فتحمل الحاضنة وتلد توأمين يختلط نسبهما من جهة الأم.

ب- الأخذ بالقياس على تأجير الأثداء، فكما رخص الشارع بجواز اتخاذ المرضعة واستئجارها كما في قوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ}[البقرة: 233]. ووجه القياس يكمن في أن كلا منهما -أي من الرحم والثدي- يعد وسيلة لتوفير الطعام للجنين، فإذا جاز استئجار منفعة الثدي، وما من لبن ينبت اللحم وينشر العظم، فإنه قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم وتنشر العظم لدى الجنين زمن الحمل، فإذا جاز ذلك في الثدي فمن باب أولى أن يجوز في الرحم، لأن الثدي يعطي من لبن المرضعة وغذائها خلاصة أشد نقاء مما يعطيه الرحم.

ويرد على هذا الاستدلال : إنه قياس مع الفارق وذلك لأسباب منها:

- أن المنفعة من تأجير ثدي المرضعة إنما شرعه الله تعالى في محكم كتابه العزيز كما جاء في الآية أعلاه، أما العقد على استئجار الرحم فهو عقد على منفعة غير مشروعة، لم ينزل بها كتاب ولا سنة.

- أضف إلى ذلك أن الولد في عقد الرضاع وليد مكتمل ثبت نسبه من أبويه، بينما هنا جنين غير مكتمل ينمو ويكبر داخل رحم مستأجر.

- كذلك فإن عقد الرضاع لا يؤدي إلى مخالفات ومنازعات بين طرفي العقد، بينما هنا العقد غالباً ما يؤدي إلى الكثير من الخلافات، والحوادث التي وقعت في الغرب مهد مؤجرات الأرحام تشهد بذلك.

- كذلك فإن الطفل في الرضاع يمكنه الاستغناء عن اللبن، أو استبدال المرضعة إلى أخرى في حين أنه في مسألة الرحم المؤجرة لا يمكنه ذلك ولا حتى استبداله برحم آخر.

الراي الثاني: ذهب إلى القول بالتحريم(1): وقد احتجوا بأدلة عدة نذكر منها:

أ- بأن هذه الصورة يندرج تحتها مشاكل كثيرة، ولاحتمال أن تحمل الزوجة الأخرى، ويتم تلقيح بويضتها هي إذا لم يمتنع عنها زوجها وفي هذه الحالة لا تعلم من هي الأم . وقد كان المجمع الفقهي قد إجازة هذه الصورة في دورته السابعة في 1404هـ ولكن عاد وألغى هذا القرار في دورته الثامنة 1405هـ وذلك لان الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحه بويضة الزوجة الأولى، قد تحمل قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج،

(1)قررات مجمع المجلس الفقهي، مرجع سابق، ص150.

كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة ال زوج، كما قد تموت علقة أو مضغة احد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الأخر الذي لايعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة الزوج، ويوجب ذلك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام الميراث والنفقة والبر، وان ذلك كله يوجب التوقف عن الحكم في الحالة المذكورة.

ويرد على هذا الاستدلال: بأن هذا الاحتمال مستبعد، لان عملية زرع اللقيحة تحتاج إلى تحضيرات، وهذه التحضيرات الكثيرة تمنع اتصال الزوج بها، ولا تخ رج من المستشفى إلا بعد أن يكون المبيض قد أغلق بعد العلوق، لذلك فان الحمل الثاني مستبعد وهذا ما قرره فريق من الأطباء المعتمدين(1).

ب- وقالوا أيضا بوجوب التفريق بين المني والجنين، فمني الزوج يجوز استدخاله للزوجة لأنه مأذون به، أما الجنين الذي تكون البويضة فيه من غير التي يراد زرعه في رحمها فهوا غير مأذون به شرعا وان لقحة البويضة بماء الزوج، لان ماء الزوج وحده هو المأذون، والجنين ليس ماء الزوج فقط وإنما اختلطت البويضة معه، والبويضة خارجة عن نطاق الزوجين

---

(1)مجلة المجمع الفقهي، مرجع سابق، 468.

حتى وان جاءت من زوجة أخرى للزوج إذا فهي غير مأذون في استدخالها .فهنا اجتمع محظور ومأذون فيه والقاعدة الواجب تطبيقها هنا معروفة وهي :إن ما اجتمع فيه حظر وإباحة قدم جانب الحظر فيه على جانب الإباحة لاسيما في ما يتعلق في الفروج..

الرأي المختار: إن كان لنا أن نختار لاخترنا القول القائل بتحريم هذه الصورة أيضا وذلك لعدم نهوض ما يوجب استثنائها من الأدلة السابقة الدالة على تحريم بذل المراة رحمها للغير.

ثانياً: حكم القانون في الرحم المستأجر: حتى نستطيع أن نبين حكم عقد استئجار الرحم من الناحية القانونية لا بد لنا أن نجري مقاربة مع غيره من العقود الواردة على الملكية حتى نستطيع إيجاد مقاربات بسيطة بين عقد استئجار الرحم وبين تلك العقود؛ لنتوصل إلى ماهية عقد استئجار الرحم:

1- عقد استئجار الرحم وعقد البيع: يمكن تعريف عقد البيع وفق ما جاء في القانون المدني بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي، وبموجب عقد استئجار الرحم تلتزم المرأة الحامل بعد الولادة بتسليم المولود إلى المرأة صاحبة البويضة، ومما لا شك فيه أن البائع يلتزم بتسليم المبيع وفق المواصفات وخالياً من العيوب وهو ما لا يمكن أن يتحقق في حالة استئجار الرحم؛

لذلك وُجهت انتقادات عديدة لهذه المقاربة لأن الكائن البشري من الناحية القانونية لا يمكن أن يكون محلاً للبيع، وإضافة إلى ذلك فإن المشتري يتعاقد في عقد البيع على شيء لا يملكه والبيع هي الوسيلة لنقل هذه الملكية وهذا ما لا يتحقق في عقد استئجار الرحم.

2- عقد استئجار الرحم والتنازل: هناك فئة من الفقهاء حاولوا تكييف عقد استئجار الرحم على أنه عقد يتم فيه تنازل المرأة الحامل عن وليدها إلى امرأة أخرى صاحبة البويضة؛ لأن الولد يُنسب إلى من ولدته -حسب رأي بعض الفقهاء-، وبالتالي فإن الاتفاق على أن تحمل امرأة بويضة ملقحة لصالح امرأة أخرى يعني شرعاً وقانوناً تنازل المرأة الحامل عن طفلها لصالح امرأة أخرى أو على الأقل تنازلها عن حقوقها على المولود، والتنازل في حد ذاته ليس باطلاً أو غير مشروع، فهو لا يكون باطلاً إلا بالنسبة للحمل الذي يرد عليه كتحريم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، وقد وُجهت انتقادات عديدة لهذا النوع من المقاربة لأن المتنازل عندما يريد التنازل عن حقوق تخصه وحده يملك التنازل عنها، فالأم الحامل لا تتنازل عن حقوق تخصها وحدها بل تخص الولد نفسه أيضاً.

3- عقد استئجار الرحم وعقد الإيجار: إن القانون المدني عرّف عقد الإيجار على أنه عقد يلتزم بموجبه المؤجر أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم، ووجه المقاربة بين العقدين بأن المرأة صاحبة البويضة تنتفع بجسم المرأة الحامل مدة زمنية لقاء أجل معين، ولكن تم توجيه انتقادات لهذا النوع من المقاربة لأنه لا يفسّر كافة الآثار المترتبة على العقد ولا يحدد كيفية صحة تنازل المرأة الحامل عن وليدها.

4- عقد استئجار الرحم وعقد العمل: عقد العمل هو عقد يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل لحساب المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر معين، وهو بعيد من وجهة نظري عن عقد استئجار الرحم لأنه لا تتوافر فيه الشروط الأساسية بعقد العمل ألا وهي الأجرة؛ لأن الأجرة في عقد استئجار الرحم قد تكون المال أو الخدمة أو إشباع غريزة معينة وقد تكون مجانية، وكذلك لا تتوافر فيه شرطا الإشراف والإدارة؛ لأن المرأة الحامل لا تخضع لسلطة ورقابة الأم صاحبة البويضة لأن الحمل لا يكون لساعات معدودة وإنما هو متواصل في الليل والنهار ومن المستحيل إخضاعه للرقابة.

لذلك وبعد المقاربة بين عقد استئجار الرحم وعدد من العقود المسماة والانتقادات الموجهة لهذه المقاربات نصل إلى خلاصة مفادها بأن: "عقد استئجار الرحم هو اتفاق يتمثل في موافقة امرأة تسمى المرأة الحامل على حمل بويضة ملقحة لحساب امرأة أخرى وزوجها على أن تلتزم الأولى بتسليم المولود إلى الزوجين بعد ولادته"؛ لذلك لا يمكننا إدراجه تحت أي عقد من العقود المسماة فهو عقد له ذاتيته الخاصة متفق مع الهدف الذي ابتغاه الطرفان.

وهنا يثار تساؤل: إذا تنازع الطرفان، هل يجوز التقاضي بناء على العقد المبرم؟. يجيب د. حمدي عبد الرحمن أستاذ القانون بجامعة عين شمس: "أن الفقه الإسلامي والقانون اشتراطاً شروطاً لمشروعية كل من المحل والسبب، بمعنى أنني لا أستطيع عمل عقد مخالف للنظام أو الآداب، وهو ما يعبر عنه القانون بمخالفة قاعدة آمرة من قواعد القانون"(1).

---

(1)عبير صلاح الدين، أرحام للبيع، بتاريخ 2001/5/17 على موقع .. www.islamonline.net.

وهو ما اشترطه الفقهاء أن يكون المعقود عليه مشروعاً، فيشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً باتفاق الفقهاء(1)، إلا أنهم -أي الفقهاء- يجعلون الأمر في دائرة الشرع هو الذي يحدد مدى شرعية المسألة من عدمها، أما خبراء القانون فالمسألة عندهم يجب ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب(2).

وتنص المادة (135) من القانون المصري بالنسبة للمحل على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام، أو الآداب كان العقد باطلاً". وتنص المادة (136): "إذا كان سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، فعقد تأجير الأرحام في مصر باطل بطلاناً مطلقاً لأنه مخالف للنظام العام والآداب اللذين يقرهما الفقهاء والنصوص القانونية، لأن مصدر التشريع في القانون المصري هو الشريعة الإسلامية(3).

أما بالنسبة لموقف القانون اللبناني من هذا المشروع، فيؤكد المحامي عدنان بدر أن القانون لم يتطرق لمعالجة هذا الموضوع؛ لأنه من المستجدات التي وقعت حديثاً.

([1]) ابن رشـــد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، 26/2، وانظر: محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 11/2.

([2])وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4، 531/4.

([3]) موقع www.islamonline.net.

أما موقف القانون السوري من عقد استئجار الرحم: فهو يعتبر عقداً باطلاً؛ لأن السبب والمحل مخالفان للنظام العام؛ لأنه يشترط في السبب في العقد أن يكون موجوداً وغير مخالف للنظام العام، وهذا ما قضت به المادة (137) قانون مدني: "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام كان العقد باطلاً"، وكذلك محل العقد فالمحل في عقد استئجار الرحم هو جسم الإنسان الذي لا يجوز التعامل به، فالجزاء المترتب على هذا العقد هو البطلان. أما من ناحية النسب فقد نظم المشرع أحكام النسب في قانون الأحوال الشخصية السوري ونصت المادة (129) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها بشرط أن يمضي على الزواج أقل مدة الحمل.

- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقره أو ادعاه.

- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا بالميعاد.

كما نصت المادة (128): "أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية"..

وفي ضوء هذه المواد يثبت نسب الطفل المولود إلى زوج المرأة الحامل إذا توافرت شروطها وإلا فلا يثبت إلا إذا أقره أو ادعاء.

كما لم يعالجه أي قانون من قوانين الدول(1). وهذا ما أكده القاضي سالم روضان الموسوي -عن مجلس القضاء الأعلى العراقي-(2).

أما موقف القانون الفرنسي من عقد استئجار الرحم: فيعتبر باطلاً، وبما أن العقد باطل فهو لا يرتب أي آثار على الطرفين، ولكن في الوقت نفسه أباح القانون الفرنسي التبني بالنسبة للعائلات التي تعاني من العقم.

وجدير بالذكر أن القانون الفرنسي وقف موقفاً مناهضاً تجاه الشركات والجمعيات التي تقوم بتأمين الأم البديلة وتسهّل عمليات استئجار الأرحام، وهو ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1989/12/13 في قضية «ألما أتر» التي اعتبرها باطلة.

([1]) منتدى دار مناقشات، مقال بعنوان المرأة ليست شقة للإيجار .. www.motheer.net

([2]) مقال على شبكة الانترنت بعنوان: تأجير الارحام بين الطب والسياسة.

أما عن موقف القانون البريطاني من عقد استئجار الرحم: فقد شرّع القانون البريطاني عملية استئجار الرحم بالقانون الصادر تاريخ 1990/11/1، حيث أجاز استئجار الرحم في حال حصول الزوجين أو الخليلين على رضا الأم الحامل وعلى القاضي أن يثبت ذلك بعد ستة أشهر من ولادة الطفل، والمشكلة في هذا القانون أنه اعتبر الأم الحقيقية للطفل هي الأم التي ولدته وليست الأم صاحبة البويضة.

وفي كلمة أخيرة بهذا الصدد يمكن القول: إن كل القوانين التي شرّعت هذه العملية بنت شرعيتها تحت عنوان الغاية تبرر الوسيلة، وهذا غير صحيح لأن العلم لا يستطيع أن يحل جميع مشاكل البشرية بل على العكس يمكن أن يكون في بعض الأحيان مشكلة في حد ذاته فمن أجل حل مشكلة عقم زوجين تخلق لدينا مشاكل عديدة نحن بغنى عنها.

ثالثاً: حكم الأطباء وعلماء الوراثة في الرحم المستأجر: انقسم علماء الطب والوراثة في مشروع الأم البديلة على فريقين:

1- الفريق الأول: يرى أن الرحم مجرد مستودع للجنين وحاضن له، يغذيه ويحفظه فقط، ولا ينقل أي صفة وراثية إلى الجنين(1).

([1]) موقع القرية .. www.aleat.com

وممن ذهب إلى هذا القول، د. أسامة عزمي أستاذ الصحة الإنجابية بالمركز القومي للبحوث بالقاهرة، فهو يرى أن وضع البويضة الملقحة في رحم آخر لا يؤدي إلى انتقال أي من الصفات الوراثية من الحاضنة أو زوجها إلى الجنين الناشئ في رحمها؛ حيث أنه بيولوجيا لا يمكن انتقال أي من الصفات الوراثية إلا عندما يتم تلقيح البويضة، بمعنى أن اقتراب الزوج من الأم الحاضنة لا يحدث أي تلقيح لأنه في حالة وجود بويضة داخل رحم الأم فإن المبيض يتوقف تماماً على التبييض.

ويقول الدكتور "محمد خالد الورداني"، مدرس النساء والولادة بجامعة الأزهر، المتخصص في أطفال الأنابيب والحقن المجهري: "أن الرحم في الإنجاب ليس إلا وعاء ولا يحمل أي تأثيرات وراثية على الجنين الذي يكون قد تخلق فعلاً واكتمل وراثياً بتلقيح البويضة بالحيوان المنوي، كما أكد استبعاد أي فرصة لحدوث حمل للمرأة صاحبة الرحم المؤجر من زوجها في أثناء حملها للنطفة المخلقة، لأن هرمونات الحمل توقف التبويض تماماً حتى انتهاء الولادة(1).

وأيد هذا القول كلاً من د. ندى عبد الحميد الأنصاري عميدة كلية علوم للبنات - جامعة بغداد - أستاذ مساعد وراثة خلوية، وكذلك د. محمد عبد الهادي رئيس قسم علوم الحياة في كلية العلوم للبنات - جامعة بغداد - أستاذ أنسجة وأجنة أيدا هذا الرأي في مقابلة شخصية أجريتها معهما.

([1]) مقال بعنوان تأجير الارحام بين الطب والسياسة على موقع .. www.islamonline.net

2- الفريق الثاني: يرى أن الرحم له تأثيره على جينات الجنين، وليس مجرد التغذية والاحتضان.

فهذه د. إكرام عبد السلام رئيسة قسم الوراثة في جامعة القاهرة، ترى أن الرحم يؤثر في الصفات الوراثية للجنين، وليس مجرد عامل مساعد كما يردد المؤيدون لاستئجار الأرحام، فقد ثبت أنه في أثناء نمو البويضة الملقحة تضاف بعض الصفات الوراثية من الأم الحاضنة أو الحامل عن طريق المشيمة.

حيث ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن الحمض النووي الذي ينقل الصفات الوراثية ليس موجوداً في نواة الخلية فقط، وإنما في سيتوبلازم الخلية، وهذا الجزء من الحمض يتأثر بالبيئة المحيطة به في أثناء نمو الجنين في الرحم، فالأم المستأجرة تضيف بعض الصفات الوراثية على الجنين(1).

ويقول الدكتور قطب أحمد طلبة أستاذ طب الأطفال بكلية الطب جامعة عين شمس: "أن الصفات الوراثية كلها تنتقل للطفل من الأم صاحبة البويضة،

---

(1)عبير صلاح الدين، أرحام للبيع، مرجع سابق.

ولكن الطفل ليس صفات وراثية، فتكوين جسمه كله ينتج من دم الأم البديل وغذائها بالإضافة إلى ضعفها الجسماني والنفسي وتحملها الآم الحمل والولادة، والأمر هنا يختلف تماماً عن الرضاعة لأن الرضاعة تكون لطفل كامل بجسمه وأعضائه فلا سبيل للمقارنة بينهما"، وأضاف الدكتور قطب أحمد: "أن رحم الأم البديل ليس له أي مؤثرات وراثية على الطفل مثل نقل جينات إليه؛ لأن كل الموروثات تنتقل إليه من الأم الأساسية صاحبة البويضة ولكن جسم الجنين كله وأعضاءه الداخلية تتكون من الأم البديلة"(1).

-3-الآثار المترتبة على استئجار الأرحام

لقد أولى الإسلام عناية فائقة بمسألة النسب، وحرص أشد ما حرص على منع اختلاط الأنساب، وقطع كل الطرق المؤدية إلى الأختلاط، فنجده حرم التبني، ونسبة الولد إلى غير أبيه. وعن ذلك يقول رسول الله ﷺ: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"(2).

([1]) مقال نشـــر على موقع جريدة الشـــرق الأوسط بعنوان علماء ومسلمون يختلفون حول الإجازة للتلقيح الصناعي، بقلم محمد خليل على موقع .. www.aawsat.com

[2]) حديث رقم 4071، صحيح البخاري ج 4 ص 1572

وإنما تظهر أهمية معرفة النسب والدلالة عليه لما له من الحقوق والواجبات المترتبة على الوليد وأسرته من الناحية الشرعية من ذلك: الميراث، المطالبة بالدم والقصاص، الولاية على الصغير في الزواج ونحوه، وحرمة نكاح زوجة الأب والعكس، بر الوالدين، الرضاع والحضانة كحق للوليد، سقوط القصاص عن الأب لقتل ولده، وكذا الأم -على خلاف-، وغير ذلك كثير.

ومن هذا المنطلق سوف نعرض لأهم الآثار المترتبة على استئجار الأرحام بالنسبة لنسب الطفل من جهة أبيه أولاً، ثم من جهة أمه ثانياً.

أولا: نسب المولود من جهة الأب: اختلف العلماء والباحثون في ذلك فكانوا على قولين:

1- القول الأول: قالوا ينسب المولود إلى أبويه اللذين جاءت اللقيحة منهما المتكونة من بويضة أمراة وماء رجل بينهما نكاح صحيح.

وعللوا ذلك: بأن الجنين بعد زرعه لن يستفيد من المستأجرة غير الغذاء، والرحم لا ينقل أي صفة وراثية، ولا يعمل إلا كحضانة للجنين تحميه وتمده بما يلزم نموه.

ويعلق الدكتور هاشم جميل على هذا الموضوع فيقول: "إن التحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين، وإنما جاء من طريق تغذيته التي نتج عنها نماؤه وتكامله، فالجنين بعد زرعه لم يستفيد من المتبرعة غير الغذاء، إذا هو أشبه ما يكون بطفل غذاه أبواه من حرام حتى كبر، فهما آثمان بما فعلا، ولكن ذلك لايقطع عنهما نسب ابنهما"(1).

ونقل لنا قول الدكتور عبد المحسن صالح في المراة المتبرعة بحمل الجنين إذ قال: "الشعور السائد قد ينسب الطفل إليها على أنها أمه، لكن هذا ليس صحيحاً من وجهة النظر البيولوجية أو الوراثية ... وإنما مثلها مثل المرضعة التي ترضع وليدا غير وليدها، فالوليد يستخلص من المرضع غذاءه وكذلك يفعل الجنين المزروع ... إلا أن السجل الوراثي الحقيقي للوليد قد جاء أساسا من الخلايا الجنسية للأبوين، فكل خلية بمثابة "ميكروفيلم" للمخلوق

(1)زراعة الأجنة، مرجع سابق، ص84.

والذي منه جاءت، إذا كان الأبوان أشقرين وحصل التلقيح من خلاياهما الجنسية في الأنبوب ثم زرع الجنين الناتج عن ذلك في زنجية فإنه لن يحمل إي صفة من صفاتها، بل يخرج إلى الحياة كوليد أشقر ... إن الأصول الوراثية ترجع الوليد أساسا إلى الوالدين الذين شاركا بخلاياهما(1) الجنسية فيه".

2- القول الثاني: يرى أنه إذا كانت المرأة المستأجرة ذات زوج فإن نسب المولود ثبت لزوجها، ولا يتبع صاحب النطفة(2). ودليل ذلك حديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر"(3).

وقد رد الدكتور هاشم جميل على هذا الاستدلال بقوله(4): "بأن هذا الحديث الشريف يحكم كل حالة يكون فيها مصدر الجنين غير مقطوع به بيقين، فلو اختصبت امراة أو زنت أو وطئت بشبهة، ثم ظهر بها حمل وكان بالإمكان أن يكون الحمل من هذا الوطء، كما يمكن أن يكون من الزوج، ففي هذه الحال ينسب الحمل لصاحب الفراش -أي للزوج- مالم ينفه، فإن تنازع الزوج والزاني مثلاً فهنا نقول: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"

([1])زراعة الأجنة، مرجع سابق، ص84. وانظر: عبد المحسن صالح، مستقبل الاخصاب خارج الرحم، بحث منشور في مجلة العربي العدد224.

([2])حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص259

([3])حديث رقم **1458**، صحيح مسلم ج **2** ص **1081**.

([4])زراعة الأجنة، مرجع سابق، ص85.

فالحديث إنما يحكم مثل هذه الحالات. أما إذا قطعنا بيقين أن الولد ليس لصاحب الفراش فإن الولد لاينسب إليه، ويدلل على ذلك: لو أن رجل تزوج فولدت المراة لأقل من ستة أشهر، فالولد لايلحق الزوج إجماعا. ولو زوج الولي صغيراً لايستطيع الوطء فولدت زوجته فالولد لايلحق الزوج، ونظائر ذلك كثيرة، وأقوال الفقهاء من مختلف المذاهب في ذلك متضافرة من ذلك: قول ابن قدامه: "من ولدت امراته ولداً لا يمكن أن يكون منه في النكاح، لم يلحقه نسب ولم يحتج إلى نفيه، لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه، كما لو أتت به عقب نكاحها لدونا ستة أشهر من حين تزوجها، فلا يلحق به في قول كل من علمت قوله من أهل العلم"(1).

وبهذا يتبين أن المقطوع بعدم نسبته إلى صاحب الفراش، ولا يوجد بحسب الظاهر مايمكن معه أن ينسب إليه فإن المولود في هذه الحالة لا ينسب إلى صاحب الفراش ولا يحتاج في ذلك إلى نفيه. أما إذا الحق به حسب الظاهر وهو يعلم يقينا أنه ليس منه، فإن من الواجب عليه في هذه الحالة نفيه.

وقال الشربيني: "ولو أتت بولد يمكن أن يكون منه بحسب الظاهر وعلم أنه ليس منه، لزمه نفيه، لأن ترك النفي يتضمن استلحقاته، واستلحاق من ليس منه حرام، كما يحرم نفي من هو منه"(2).

---

(1)ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، **53/9**.

(2) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 372/2. وانظر: ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، 42/9.

وعليه، فإنه باستثناء ما إذا كانت المتبرعة زوجة ثانية لزوج صاحبة البيضة فإن الصورة التي ذكرناها لزرع الجنين لا يحتمل معها أن يكون الجنين لزوج المتبرعة لأن التلقيح بين البويضة ومني الزوج قد تم خارج الرحم، وبذلك تكون الجنين، ثم إن الزرع في رحم المتبرعة لا يتم إلا بعد التأكد من خلوه من الحمل واستعداده لاستقبال الجنين، والزرع يمنع المبيض من الاباضة وبالتالي فإن المولود من المتبرعة لا علاقة لزوجها به قطعا، فلا يجوز أن ينسب إليه، وإن نسب فعليه نفيه عن نسبه(1).

أما إذا كانت المتبرعة بغير زوج -غير متزوجة- فهنا أختلف العلماء على قولين أيضاً:

القول الأول: أن المولود لا ينسب إلى أب، إنما هو شبيه بولد الزنا، يعود نسبه على أمه؛ لأنه لا يوجد فراش صحيح يرجع إليه الوليد(2).

---

(1)زراعة الأجنة، مرجع سابق، 85.

(2)محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الاردن، ط2، 2004، ص104.

القول الثاني: أن المولود يرجع نسبه إلى زوج صاحبة البويضة، وتثبت له كل الحقوق المترتبة على ثبوت النسب، وكل صلات القرابة(1). ودليلهم على ذلك هو القياس على ولد الزنا، فقد أفتى بعض العلماء بصحة نسب ولد الزنا إلى الزاني إذا كانت الزانية غير متزوجة، وكذا الأمر هنا، بل في هذه الصورة من باب أولى، وذلك لأحترام المائين حال الإنزال وحال التخصيب.

3- الرأي المختار: هو قول القائل بأن المولود هنا يكون للزوجين صاحبي اللقيحة وليس لزوج المستأجرة؛ وذلك لأن الغاية من هذه العملية -بغض النظر عن كونها محرمة- هو أن يكون لهما مولودُهُ يحمل اسمهما ويبر بهما في الكبر ويصلهما فكيف يكون ذلك وهو منسوب لغيرهما؟.

ثانيا: نسب المولود من جهة الأم: لمن ينسب المولود هل لصاحبة الرحم المستأجر أم لصاحبة البيضة؟: لا خلاف بين العلماء والباحثين من أن المولود ينسب لصاحبة البويضة إذا كانت المستأجرة غير متزوجة. إنما الخلاف فيما لو كانت المستأجرة أمراة ذات زوج على قولين:

1- القول الأول: ينسب المولود لصاحبة الرحم التي ولدته(2): واستدلوا على ذلك بما يأتي:

---

(1) موقع دار الإفتاء على شبكة الانترنت.

(2)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص**220**.

أ- الآيات القرآنية الكريمة التي دلت بصريح النص أن الأم هي التي تحمل وتلد، وأن التي يتم التخليق في بطنها هي الأم، ومن هذه الآيات قوله تعالى: {وَاللّهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لاَ تَعْلَمُونَ شَيْئاً}[النحل:78]. وقوله تعالى {وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَى وَهْنٍ}[لقمان:14]. وقوله تعالى: {وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَاناً حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهاً وَوَضَعَتْهُ كُرْهاً}[الأحقاف:15].

فبين الله تعالى في الآية الأولى أن التي ولدت وخرج منها الجنين هي التي تسمى أماً، وفي الآية الثانية إن التي تحمل الجنين هي التي تسمى أما حقيقية وينسب لها. وفي الآية الثالثة أن التي تحمل الولد كرها وتضعه كرها هي أمه.

ويرد على هذا الاستدلال: بأن الأم الحقيقية على مر التاريخ ووقت نزول القرآن هي مجموعة الهيئة التي هي صاحبة الحمل والوضع وهي ذاتها وفي الوقت نفسه صاحبة البويضة. فكل مولود له بأمه صلتان :صلة تكوين ووراثة وأصلها البويضة. وصلة حمل وولادة وحضانة واصلها الرحم، فإطلاق الأم على التي حملت ووضعت فقط من غير أن تكون البويضة منها إطلاق على غير الهيئة الكاملة لها وقت التنزيل.

ب- ذكر القرآن الكريم صفة الأمومة للتي حملت وولدت بصيغة تدل على أن الأمومة تختص بها فمن ذلك قوله تعالى: {لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا}[البقرة:233]، والوالدة حقيقة في التي ولدت بالفعل. وكذلك قوله تعالى: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ}[المجادلة:2].

وجه الاستدلال: أن الله تعالى صرح إن الأم هي التي ولدت وسلك أقوى طرق القصر(1). وهي النفي والإثبات، فنفى الأمومة عن التي لم تلد الولد، وأثبتها للتي ولدت.

ويرد على هذا الاستدلال: بأن هذه الآية تتحدث عن الظهار وهو قول الرجل لامراته: "أنت علي كأمي، أو كظهر أمي"، فهذا كان ينتج عنه عند العرب قبل الإسلام تحريم الزوجة على زوجها؛ لأنها بهذا القول قد أصبحت في عرفهم كالأم . فأراد الشارع الحكيم أن يبين لهم بأسلوب واضح يتفق ومداركهم بأنهم على خطأ في تصورهم هذا؛ وذلك لأن المظاهر أمام امراتين: زوجته التي ظاهر منها، وأمه التي ولدته وشبه زوجته بها، أما زوجته فهي بعيدة كل البعد عن معنى الأمومة بالنسبة له، لذلك فهي غير محرمة عليه "ماهن أمهاتهم".

---

(1)حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، مرجع سابق، ص260.

وقولهم هذا لايحرمهن، لأن التحريم إنما يأتي من قبل الشرع، وإذن فإذا كان الأمر كذلك فمن هي أمه المحرمة عليه من هاتين المراتين؟ هي المراة الأخرى التي ولدته وليست التي ظاهر منها: {إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً}.

فاذا كان للآية حصر فهو بالنسبة للمراتين المذكورتين في سياقها وليس على الإطلاق، وعليه ليس مراد الآية هنا حصر الأمومة بالولادة وإلا فإنها ستتعارض مع قول الله تعالى {وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ}، إذ كيف يصح أن يحصر الأمومة بالولادة وهنا سمى المرضعات أمهات؟(1).

2- القول الثاني: ينسب المولود إلى صاحبة البيضة أما المراة المستأجرة التي حملته وولدته فهي مثل الأم الرضاعية لايثبت لها النسب بل يثبت لها حكم الرضاع(2): واستدلوا على قولهم هذا بالأدلة ذاتها التي استدلوا بها على ثبوت النسب للأب صاحب البويضة.

3- خلاصة القول والرأي المختار: الملاحظ أن خلاف الباحثين حول نسب المولود سواء من جهة الأب أو الأم سببه صاحبة الرحم لأنها ذات زوج فلو كانت غير متزوجة أو أرملة أو مطلقة فلا إشكال في نسب المولود إلى أبويه صاحبي البيضة.

---

(1)زراعة الأجنة، مرجع سابق، ص80

(2)وهو رأي مجمع الفقه الاسلامي التابع للرابطة. انظر مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، مرجع سابق، عدد 1/2- 226.

والصحيح الذي نراه ونختاره هو القول بنسبة المولود إلى أبويه الحقيقيين صاحبي اللقيحة دون غيرهما للأسباب الآتية:

- لأن سبب ثبوت النسب من الزوج كونه مخلوقا من مائه، لذا أجمع الفقهاء على عدم ثبوت النسب لمن تزوج فولدت أمراته لأقل من ستة أشهر، أو إذا ولدت زوجة الصغير، وله نفيه وعليه؛ فالمولود هنا ليس من ماء زوج المستأجرة ولا من بويضتها ولا علاقة جنينية بينهما فلا ينسب المولود لهما ولهما نفيه.

- علمنا من حديث المصطفى عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"(1) إنما يكون حال النزاع والخلاف على الولد، فإذا كانت المستأجرة وزوجها على يقين بأن المولود ليس ابنهما ولا يردانه أصلا كيف نحكم بأن المولود لهما؟. وعلى فرض حصل نزاع في ذلك فان وسائل إثبات النسب كثيرة، وأن الطب اليوم أصبح قادرا على كشف النسب وبسهولة من خلال تحليل الحمض النووي لهما.

- يسعى علماء الطب اليوم إلى اختراع رحما صناعي أو زرع اللقيحة الإنسانية في رحم حيوان، نقول لو تم لهم ذلك فهل سينسب إلى الرحم الصناعي أم إلى ذلك الحيوان؟؟.

---

(1) سبق تخريجه.

- أن السبب الملجئ من عملية استئجار رحم امراة بالنسبة إلى الزوجة هو تحقيق ذاتها وأمومتها -كما قلنا ذلك سابقا- بحصولها على الولد الذي سيصلها وتصله ويبرها وتبره ويرثها أو ترثه، لا أن يكون ذلك كله من نصيب المستأجرة فضلا عن أجرها. والله اعلم.

وخلاصة القول في قضية استئجار الأرحام أنه: ترتبت عليها مفاسد وأضرار جمة على مستوى الفرد والأسرة والمجتمع تفوقت كثيرا على المنافع والمصالح التي تحققها.

وهناك قاعدة شرعية أساسية تقول: "إدرء المفاسد مقدم على جلب المصالح"؛ لان للمفاسد سريانا وانتشارا كالوباء، فلابد إذا من درء المفسدة أولا، ولو كانت فيها بعض المصالح.

قال تعالى: {يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا}[البقرة:219]. فالمولى عز وجل منع الخمر والميسر للمفاسد التي فيها رغم ما فيها من بعض المنافع المادية لبعض الناس.

وقضيتنا هنا فيها مع ما فيها من منفعة للزوجين من تحصيل الولد، وتحقيق للزوجة حلم أمومتها وذاتها، إلا أن إثمها أكبر من نفعها بسبب الأضرار والمفاسد التي تسببها وفي النواحي كافة، فمن هذه المفاسد والأضرار نذكر منها:

1- إفساد معنى الأمومة التي فطرها الله وعرفها الناس، وصبغها بالصبغة التجارية، مما يناقض معنى الأمومة التي عظمتها الشرائع وأناطت بها مكانا وحقوقا عديدة، ونوه بها الحكماء، وتغنى بها الأدباء، وهذا المعنى وذلك التعظيم لا يكون من مجرد بويضة أفرزها مبيض أمراة ولقحها حيوان منوي من رجل، إنما تكون من شي أخر بعد ذلك هو الوحم، والغثيان، والوهن مدة الحمل -التوتر، والقلق- والطلق عند الولادة، والضعف والهبوط والتعب بعد الولادة، هذه الصحبة الطويلة هي التي تولد الأمومة(1).

وقد روي عن أبي هريرة ﵁ قال: "جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي قال: أمك، قال: ثم من؟، قال: ثم أمك، قال: ثم من؟، قال: ثم أمك، قال: ثم من؟ قال: ثم أبوك"(2)، فهذا التأكيد على أحقيتها في الصحبة مع حسن المصاحبة جاء نتيجة لمصاحبتها هي إياها وهو نطفة في رحمها حتى صار إنسانا.

وقد قال العلماء: أن سبب تقديم الأم، كثرة تعبها عليه، وشفقتها، وخدمتها، ومعاناة المشاق في حمله ثم وضعه ثم إرضاعه ثم تربيته وخدمته وتمريضه وغير ذلك(3).

---

(1)عارف علي عارف، قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، 808

(2)حديث رقم **5626**، صحيح البخاري ج **5** ص **2227**

(3)عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ط**3**، **1420**هـ، 252/10.

وقال بعض الباحثين: إن تغطية الأمومة بهذا إلى الحاجز الضبابي يؤدي إلى تنازع الولاء عند الطفل بعد الإنجاب، هل سيكون ولاؤه لصاحبة البويضة، أو للتي حملته وأرضعته؟. مما قد يعرضه لهزة نفسية عنيفة؛ إذ انه لن يعرف إلى من ينتمي بالضبط، أمه الأولى أم أمه الثانية، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

2- ذهب بعض الباحثين إلى أن من مخاوف هذه العملية فتح الباب على النساء الفقيرات في العالم على أداء عمل كهذا تحت وطأة الحاجة الاقتصادية، ويصبح الطفل سلعة تباع وتشترى باسم الإنسانية، وتحت شعار "أمنية الأسر المحرومة" فالأسرى الثرية التي لا تريد لابنتها أن تتحمل متاعب الحمل والآم الولادة وتريد أولادا، ما عليها إلا أن تقدم البويضة فقط وعلى المراة المستأجرة أن تقوم بالحمل والولادة، امراة تبيض وأخريات يحملن ويتألمن ويعانين الآم الحمل والمخاض.

من ناحية أخرى بهذا الأسلوب تستطيع الأسر الثرية أن تملك عددا كبيرا من الأطفال في مدة قصيرة إن أرادت ذلك عن طريق سحب بويضاتها وتلقحها بماء الرجل ثم زرعها في عشرات البطون المستأجرة بعد دفع أثمانها فتحصل على عشرات الأطفال في عام واحد .وهي لم تحمل، ولم تضع، ولم ترضع(1).

---

(1)عارف علي عارف، قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص**824**.

3- الجنين يتعدى ويتأثر بالرحم وبالبيئة المحيطة به، وربما سلوك وعادات ضارة من قبل المراة المستأجرة تؤدي إلى تشوهات الجنين مثل التدخين وتناول الكحول، ثم ماذا لو اكتشف الطبيب تشوهات خلقية بالجنين قبل ولادته يمكن علاجها بالتدخل الجراحي، هل ستسمح بذلك المراة المستأجرة، وهل ستعرض حياتها لخطر الموت من أجل وليد لا تملكه؟، فضلا عن ذلك بعض النساء يحدث لهن أمراض بسب الحمل مثل الارتفاع المفاجئ في نسبة السكر، وارتفاع ضغط الدم، وتسمم الحمل وبعضها قد يؤدي بحياة الحامل، فلا بد من تدخل الطبيب للتضحية بالجنين وإنهاء الحمل حفاظا على حياة الحامل فكيف تتفاعل الأم المستأجرة مع الأم الأصلية في ذلك؟(1).

(1)موقع الام البديلة على شبكة الانترنت www.surrorgacy.com.

ومع ذلك نجد هنالك اتجاه أخر يرى خلاف ذلك، ويرفض اعتبار ذلك من جملة السلبيات، إذ يعتقد هؤلاء إن الطفل المولود نتيجة حاجة ملحة سيكون محبوبا أكثر من أي طفل أخر، وسوف يحصل على رعاية لا يحلم بها الأطفال الذين يولدون بالطريقة العادية وسيجد من الحب ما لا يجده الآخرون، فيكون بذلك تعويضا عن ما فات الطفل من الولادة الطبيعة(1).

ونرد على ذلك: هل الطفل المولود بهذه الطريقة سيشعر بولادته إن كانت طبيعية أو مولود بالاستئجار حتى يعوض عن ما فاته من الولادة الطبيعية؟ وهل هذه المحبة تفوق المفاسد والأضرار الناجمة عن استئجار الأرحام حتى نقدمها عليها؟.

---

(1)عارف علي عارف، قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص824.

المبحث الثالث تجميد البويضات والحيوانات المنوية

بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

من المعلوم أن في النفس البشرية غرائز وحاجات عضوية تتطلب إشباعا؛ حتى يحصل لها الاستقرار والاطمئنان، وهذه الغرائز والحاجات متأصلة في الجنس البشري. ومن هذه الغرائز غريزة البقاء، وغريزة حفظ النوع.

من هذا نرى أن الأمومة والأبوية -أي طلب الحصول على ولد- أمر فطري في الإنسان، وإن كان يستطيع الحياة بدون أولاد أو نسل، إلا أن حياته ستبقى قلقة باحثة عن الذرية خاصة إذا أدرك أن العجز عن القدرة على الحصول على ذرية هو بسبب أمر عضوي كالعقم مثلا، فإنه لا يكل ولا يتعب مهما راجع من الأطباء.

والشريعة الإسلامية بأحكامها جاءت موافقة ومطابقة لحاجات الإنسان العضوية والغريزية، فلم تقف أمامها أو كبحتها وعطلتها، بل نظمتها بصورة تحفظ: الدين، والنفس، والمال، والنسل، والعقل، -وهي: الضرورات الخمس- (1).

(1)أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، 10/2.

وقد راعت الشريعة التزاوج والتكاثر حتى يحصل الاستقرار في النفس البشرية وتنتظم شئون الحياة، كما حثت على التزاوج بالنساء الولودات والأدلة على ذلك كثيرة من الكتاب والسنة.

كما ندبت إلى التداوي والمعالجة عما يعيق النسل ويمنعه من خلال جواز علاج أسبابه في الجملة عند النساء والرجال على السواء. فلا خلاف بين الفقهاء في مشروعية التداوي من الأمراض التي تصيب الإنسان(1)، ومن تلك الأمراض عدم الإنجاب أو عدم الإخصاب بين الزوج والزوجة بالطريق الطبيعي. فإذا تعذر الحصول على الذرية بالطريق الطبيعي الذي شرعه الله فإن الإنسان يلجأ إلى طرق الاستيلاد المستحدثة؛ لأنها تكون الوسيلة الوحيدة للإنجاب والتي منها التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي.

ومع مرور الوقت تطور موضوع التلقيح الصناعي -الداخي والخارجي-، ونتج عنه مجموعة من المستحدثات والمستجدات التي تطالعنا بها الصحف يوماً بعد الأخر.

---

(1)ابن عابدين، حاشـــية رد المحتار، مرجع سابق، 211/3. وانظر: محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع ســـابق، 133/3. وانظر: ابن قدامه، المغني، مرجع ســـابق، 459/7.

ويعد موضوع "تجميد البويضات والحيوانات المنوية" أو ما يسمى بـ "بنوك البويضات والحيوانات المنوية" من الموضوعات التي نتجت عن التقنيات الحديثة ومستجدات العصر في مجال أمراض العقم وعدم الإخصاب. وأصبحت تشكل بعض الممارسات الطبية التي تقود الإنسان إلى مستقبل مجهول النتائج؛ إذ أن هذه الممارسات لا تتمتع بأية حصانه ضد الأخطار الطبية أو ضد الميول الأنانية عند الإنسان، الأمر الذي يحتم التدخل التشريعي لتضمينها.

فالتلقيح الصناعي وإن كان يعد وسيلة لعلاج المشاكل النفسية الناجمة عن عدم إنجاب الأطفال، إلا أنه يثير مع ذلك العديد من المشاكل ذات الطابع الديني والفلسفي والأخلاقي والقانوني. فإذا كان المني والبويضة من الأعضاء البشرية المتجددة الألياف مثل الدم والجلد فهل يجوز نقلهم والتبرع بهم؟(1). هذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث، موضحين حكم الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في ذلك.

---

(1) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة، ص138.

-1-مفهوم التلقيح الصناعي

إن التلقيح في صورته الطبيعية المألوفة -رحلة الحياة- يبدأ باتحاد الحيوان المنوي للذكر ببويضة الأنثى، وينتهي بانقسام البويضة الملقحة معلنا بداية أولى مراحل الحياة، ماراً بسلسلة من العمليات المتتالية والمتداخلة والمتكاملة التي تكشف عن معجزة المولى عز وجل في التلقيح وعظمة تدبيره، وقد جاء القرآن الكريم واصفا هذا الإعجاز الإلهي ومعبراً عنه أعظم تعبير في قول المولى تبارك وتعالى: {لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ}[سورة المؤمنين: 12-14].

أولاً: تعريف التلقيح الصناعي: هو العملية التي بواسطتها يتم التلقيح بصورة غير طبيعية، من خلال استخلاص السائل المنوي بطريقة آلية من الذكر، ووضعه داخل الجهاز التناسلي للأنثى -بعد استحداث عملية التبويض لها اصطناعياً؛ وذلك كي يتم التقاء الحيوانات المنوية بالبويضات المفرزة فتحدث عملية الإخصاب ومن ثم الحمل(1).

---

[1]) De cooman-van kan : L'insemination artifice-ielle Recommandation du conseil de l'europe et perspec tives de reglementation belge, (etude de droit compare) J.T. 1981- PP.369-381.

ثانياً: التلقيح الصناعي وحكمه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

1- التلقيح الصناعي وحكمه في الشريعة الإسلامية: تختلف أحكام الشريعة الإسلامية في موضوع التلقيح الصناعي تبعا لصوره المختلفة:

أ- التلقيح الصناعي في صورته الشرعي(1): ويندرج ضمن هذا النوع من التلقيح صورتان:

الصورة الأولى: التلقيح الصناعي الداخلي(2): وهو عملية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي للرجل في رحمها.

الصورة الثانية: التلقيح الصناعي الخارجي: هي نفس عملية التلقيح الصناعي الداخلي، إلا أن عملية الإخصاب هنا تبدأ خارج الجهاز التناسلي للمرأة -في المعمل-. وتعتمد فكرة التلقيح الصناعي الخارجي -طفل الأنبوب- على أخذ البويضة من المرأة عند وقت الاباضة، ثم تلقيحها في طبق بواسطة حيوانات منوية من الزوج، وتركها تنمو في المحض لمدة يومين أو ثلاثة، ثم إعادتها إلى الرحم حيث تنمو فيه نموا طبيعيا.

([1])محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990، وكذلك مطبوع ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الثانية. العدد الثاني. الجزء الأول 1407هـ - 1986م، ص 229.

([2]) هاشم جميل عبد الله، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية مجلة الرسالة الإسلامية، بغداد، القسم الثاني العدد 229، يوليو 1989، ص69. انظر: محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990، ص527.

أما عن الحكم الشرعي: فهاتان الصورتان تدخلان في دائرة المباح إن توفر قصد العلاج، إذ أن حل هذه العمليات يتلخص في جمع مني الزوج مع بويضة زوجته على يد طبيب مختص، وهي الطريقة التي يخلق بها الجنين بالتلقيح الطبيعي، فما دامت هناك رابطة شرعية ما بين الرجل صاحب المني والمرأة صاحبة البويضة -والمتمثلة بعقد الزواج- فلا يوجد إذاً أي محظور شرعي(1).

ب- التلقيح الصناعي في صورته غير الشرعية: ويتضمن هذا النوع من التلقيح صور عدة منها:

- أن تؤخذ نطفة رجل وتحقن في الموضع المناسب من زوجة رجل أخر.

- أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة امرأة ليست زوجته -يسمونها المرأة المتبرعة- ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

- أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوبة اختبار بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجته -كلاهما متبرعان- ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

أما عن حكم هذه الصور وغيرها: فإنها تدخل جميعها في دائرة التحريم،

([1]) محمد شوقي إبراهيم، موقف القرآن الكريم من طفل الأنبوب، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 167، ذو القعدة، 1398هـ، ص82.

إذا أنه على الرغم من الاختلافات المتشعبة التي تشوبها فإن جوهرها واحد يتمثل بماء رجل أجنبي مع بويضة امرأة أجنبية عنه، فهذه الطرق لا شك في حرمتها؛ لأن الإسلام الذي منع كل خطيئة وحرم كل ضار ورذيلة لا يقر هذه العمليات الشاذة الخارجة عن طبيعة الإنسان والفطرة البشرية؛ لأن الإسلام حفظ الرابطة الزوجية الأسرية المتمثلة في الزوجية، لأنها هي العملية الطبيعية لإنتاج ثمرة الإنجاب. والسبب الذي يدعوا إلى تحريم الصور المتقمة هو منع اختلاط الأنساب، ولالتقاء هذه الصور مع الزنا في معناه ومؤداه، حتى وإن كانت هذه الصور ليست زنا بالمعنى الشرعي ولكنها تلتقى معه(1).

هذا وقد ورد في الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية في 23 مارس 1980: "أن تلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها، ثم نقل هذه البويضة الملقحة إلى رحم زوجة الرجل صاحب هذا المني حرام ويدخل في معنى الزنا.. والتلقيح بين بويضة الزوجة ونطفة زوجها يجمع بينهما في رحم أنثى غير الإنسان من الحيوانات لفترة معينة يعاد بعدها الجنين إلى ذات رحم الزوجة فيه إفساد لخليفة الله في أرضه ويحرم فعله"(2).

([1]) عامر أحمد القيسـي، مشـكلات المسـؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص45.

([2]) أحمد شوقي ، القانون الجنائي والطلب الحديث، مرجع سابق، ص152.

ويختتم مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي قراره بقوله: "ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصور الجائزة شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم ألا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمقتضى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح"(1).

2- التلقيح الصناعي وحكمه في القانون الوضعي: لقد عالج المشرع الليبي المسائل المتعلقة بتقنيات التلقيح الصناعي عبر أحكام القانون رقم (175 لسنة 1972) بإضافة مادتين جديدتين إلى قانون العقوبات الليبي برقمي (403) مكرر أو (403) مكرر (ب)(2).

حيث تضمنت المادة (403) مكرر (أ) النص على: "أن كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو بالخداع، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم".

---

(1) انظر الملاحق، أخر الرسالة.

(2) منشور بالجريدة الرسمية العدد 61 السنة العاشرة، بتاريخ، 23 ديسمبر 1972.

أما المادة (403) مكرر (ب) فتنص على: "أن تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه سواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير".

ومن ناحية أخرى فقد حرص المشرع عند إصداره للقانون رقم (17) لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية(1) على تخصيص نص لمسألة التلقيح الصناعي، حيث قضت المادة (17) من القانون المذكور على أنه: "لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتها".

كما تضمنت المادة (35) النص على العقوبة المقررة عند مخالفة أحكام المادة المشار إليها؛ حيث قضت بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تتجاوز الألف دينار لكل من يخالف حكم المادة (17) من القانون المذكور.

كما أشارت المادة (28) منه إلى ضرورة خضوع المخالف للمساءلة التأديبية من قبل المحكمة المهنية المشكلة في البلدية التي وقعت في نطاقها المخالفة والتي منحها المشرع صلاحية توقيع إحدى العقوبات التأديبية المبينة بالمادة (30) من قانون المسؤولية الطبية.

---

(1) نشر بالجريدة الرسمية العدد، 28 السنة 1986، (انظر الملاحق).

يتضح من هذا أن المشرع الليبي قد عالج المسائل المختلفة بتقنيات التلقيح الاصطناعي عبر أحكام القانون رقم (175 لسنة 1972) وأيضا من خلال القانون رقم (17 لسنة 1986)، ومن ثم فإن المشرع الليبي لم يكتفي بما نص عليه من أحكام خاصة بهذه التقنيات في القانون رقم (175 لسنة 1972) وإنما أضاف إليها أحكاماً جديدة جاء متضمنا النص على كافة الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الطبية بما فيها المسؤولية عن تقنيات التلقيح الاصطناعي.

ومن استعراض هذه النصوص، نلاحظ أن المشرع الليبي قد أضاف بموجب أحكام القانون رقم (175 لسنة 1972) جريمة جديدة إلى مجموع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، وهي جريمة التلقيح الصناعي بعد ما حرم أفعال التلقيح الصناعي بموجب أحكام القانون رقم (175 لسنة 1972) إلا أنه عاد وأباح بعض صور التلقيح الصناعي، بشروط معينة وفي ظروف محددة- فيصير فعلا مشروعاً إذا تم بالشروط المنصوص عليها في المادة 17 من القانون المذكور، شأنه شأن أي فعل أخر موافق لأحكام القانون(1).

-2-البويضات وكيفية الحصول عليها وتجميدها

(1) فرج الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص225.

أولاً: تعريف البويضات وكيفية الحصول عليها:

1- تعريف البويضات: البويضات -في عرف الأطباء- يقصد بها: البييضات، جمع بييضة –وهو الصحيح-، وهي ما يفرزه المبيض كل شهر منذ بلوغ الأنثى وحتى سن اليأس، أي: ما بين ثلاثين إلى أربعين سنة هي كل حياة المرأة التناسلية، والبييضة هي: النطفة المؤنثة(1).

2- الحصول على البويضات غير الملقحة: يمكن الحصول على البويضات عن طريق إعطاء المرأة العقاقير المنشطة التي تسبب إفراز عدد كبير من البويضات مثل: عقار كلوميد Clomiphine أو برجونال Pergonal، والهرمون المنمي للغدة التناسلية (H.C.G,H.M.G)، وفي هذه الحالة قد يحصل الطبيب على عدد وفير من البويضات يصل أحيانا إلى (أربعين أو خمسين بييضة) ولا يستطيع الطبيب أن يتحكم في عدد البويضات التي ينتجها المبيض تحت تأثير الأدوية(2).

---

(1)شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد البييضات بين الطب والشرع، بحث غير منشور، ص26.

(2)محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي (نظرة إلى الجذور)، طبع الدار السعودية: ص 98.
وانظر: محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، طبع دار القلم، ص 341، 346.
وانظر: حامد أحمد حامد، الآيات العجاب في رحلة الإنجاب، طبع دار القلم، ص 317.

3- الحصول على البويضات الملقحة(1): يتم الحصول عليها من خلال عملية الإخصاب وهي كالتالي:

أ- يتم سحب البويضات من المرأة من خلال منظار البطن أو عن طريق المهبل، ثم توضع في وسط الزراعة Culture media.

ب- يتم الحصول على الحيوان المنوي من الزوج، ثم يوضع في وسط الزراعة Culture media لعدة ساعات قبل إضافتها إلى البويضات.

ج- توضع البويضات في صحن مع مادة في وسط زراعة، وتضاف إليها الحيوان المنوي، ثم توضع تحت فقاعة من الوسط الكيميائي.

د- تجمع الحيوان المنوي والبويضات في حضانات مخصصة، ذات درجة حرارة ورطوبة وأكسجين بدرجات معينة ودقيقة لمدة 40 إلى45 ساعة.

هـ- يتم نقل الأجنة وغرسها إلى داخل رحم المرأة عن طريق قسطرة نقل الأجنة، والفائض من البويضات المخصبة يحفظ داخل حضانات التبريد الخاصة وهو ما يعرف بتجميد البويضات المخصبة.

---

(1) كتابة الخصـــوبة :د .رجاء منصـــور-http://www.khosoba.com/medical-guide/books/ragaa-mansour-fertility-book.htm

وبالتجميد يتم وقف نشاطها وعمل الخلايا والأنسجة وكل التفاعلات الحيوية فيها وعند الحاجة إليها تُرفع درجة الحرارة فتعود التفاعلات وتمارس نشاطها من جديد(1).

ثانياً: تجميد البويضات:

1- تجميد البويضات غير الملقحة: يؤدي الحصول على عدد وفير من البويضات إلى وجود فائض منها، فقام العلماء تبريد وتجميد هذه البويضات غير الملقحة ثم إعادتها إلى درجة الحرارة الطبيعية وتلقيحها بالحيوانات المنوية عند الحاجة.

2- تجميد البويضات الملقحة (المخصبة): عندما كانت محاولة تجميد البويضات غير الملقحة في بداية الأمر يؤدي إلى هلاك معظمها. قام العلماء آنذاك بتلقيح البويضات الفائضة وتنميتها إلى مرحلة الانقسام والانشطار حتى تصل إلى 4 أو 8 خلايا ثم تبريدها وتجميدها . وقد أطلق العلماء على هذه البويضات التي تم تلقيحها "أجنة".

ثالثاً: حفظ البويضات الملقحة وغير الملقحة: تحفظ البويضات المخصبة في بنوك يطلق عليها "بنوك الأجنة" وهي عبارة عن: ثلاجة، أو غرفة كيميائية صغيرة يستخدم فيها النيتروجين السائل بغرض التبريد.

---

(1)محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي مرجع سابق، ص300.

ويتم الحفظ بواسطة تجميد الأنسجة والخلايا تماما، فعندما تتجمد الأنسجة تقف فيها التفاعلات الحيوية، وعندما يراد الاستفادة من تلك البويضات المخصبة المجمدة يسمح الأطباء بارتفاع درجة الحرارة تدريجيا، فتعود التفاعلات الكيميائية مرة أخرى أو تعود لها الحياة مرة أخرى(1).

-3-استعمالات البويضات والحيوانات المنوية وحكمهما

أولاً: استعمالات البويضات غير الملقحة والحيوانات المنوية وحكمهما: تستعمل البويضات غير الملقحة وكذلك الحيوانات المنوية المجمدة في: علاج العقم. والاستفادة منها بإجراء التجارب عليها. وقد اختلف الفقهاء في حكم كل استخدام من هذه الاستخدامات على النحو التالي:

(1) عبد الله حسن باسلاما، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، بحث مقدم لأعمال ندوة الرؤية الإسلامية التابع للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية بتاريخ 18 أبريل 1987م.

1- في علاج العقم: وهو نظامان:

أ- النظام الخاص: حيث يتم الاحتفاظ بالحيوانات المنوية لشخص ما لتلقيحها ببويضة زوجته، وكذلك الحال مع البويضات بحيث تحفظ لتلقح بالحيوانات المنوية لزوجها. وهناك أسباب لتجميد الحيوانات المنوية منها(1):

الرجال الذين يعانون من أمراض السرطان ويحتاجون للعلاج الكيماوي أو بأشعة جاما أو كليهما.

من يعاني من أمراض الخصية، والمعرضون لاستئصال الخصيتين، ومن تتعرض عندهم الحيوانات المنوية للتناقص المستمر سواء في الحركة أو العدد أو كليهما.

في حال انعدام الحيوانات المنوية في السائل المنوي، حيث يتم أخذ جرعة من الخصيتين للبحث عن الحيوانات المنوية داخل النسيج نفسه ثم يتم تجميد الأنسجة لاستعمالها لاحقًا.

الذين يواجهون صعوبة بالغة في إعطاء العينة وقت الحاجة لها يوم التلقيح.

ب- النظام العام(2): حيث تحفظ الحيوانات المنوية لأشخاص ومن ثم بيعها لنساء لا علاقة زواج بينهن وبين أصحاب الحيوانات المنوية وكذلك الحال مع البويضات غير الملقحة.

([1]) كتاب الطريق الصحيح لتشخيص وعلاج العقم :د .لويس نجيب http://www.layyous.com/book/chapter%206%20part3.htm

([2])محمد البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، ص465.

وهذا النظام منتشر في الغرب، ولقد تطورت هذه البنوك فأصبح هناك كتالوجات لاختيار ما يناسب العميل من مواصفات مثل لون الشعر، والعين، والبشرة ، وبيان فصيلة الدم.

بل تهتم تلك البنوك باختيار النطف والبويضات لأشخاص مميزين، فهناك حيوانات منوية لعلماء وخاصة الحاصلين على جائزة نوبل ومشاهير كالممثلين والمطربين وغيرهم،ممن لهم شهرة ومكانة توضع في تلك البنوك بغرض اختيار نطف متميزة.

وكذلك الحال مع البويضات غير الملقحة فيحتفظ البنك ببويضات نساء متميزات كعارضات الأزياء والممثلات ومن توصف بصفات خاصة، وهذا شبيه بما كان في الجاهلية بما يعرف بالاستبضاع، حيث كان الرجل إذا أعجب بإنجاب رجل آخر أرسل زوجته إليه لتبيح له نفسها حتى تحمل منه، فإذا حملت منه أتاها زوجها إذا أحب، فهذه البنوك وما هو حاصل اليوم كأنه تطور مستمر لمضمون الاستبضاع، وهدفه بينهما موحد وهو إخراج النسل بمواصفات خاصة، ولقد حرم العلماء القدامى الاستبضاع.

وهذه البنوك محرمة شرعًا بالاتفاق بكل صورها، وهذا ما جاء في قرارات المجمع الفقهي بخصوص الإخصاب، ومن أسباب التحريم أن هذه البنوك تساهم في:

- إشاعة الفساد والانحلال الأخلاقي.

- هدم المعنى الحقيقي والفعلي للأسرة، وبالتالي للمجتمع.

- اختلاط الأنساب وضياعها وخاصة وجود احتمال حمل المرأة من نطفة أحد محارمها، لقول رسول الله ﷺ: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته"(1).

2- الاستفادة منها بإجراء التجارب عليها(2): يجوز إجراء التجارب على كل من البويضات والحيوانات المنوية؛ لأن كلا منهما منفردًا لا قيمة له، قال القرطبي: "إن النطفة ليست بشيء يقينا، ولا يتعلق بها حكم إذا ألقتها المرأة إذا لم تجتمع في الرحم(3)".

وإن كانت الحياة موجودة فيها إلا أنها لا تستمر إلا بالالتقاء وتلقيح الحيوان المنوي بالبويضة، فإجراء التجارب لا يكون على الإنسان، بل على ما هو دونه، والحياة فيه أشبه بالحياة في النبات والحيوان.

رغم ذلك لا بد أن تكون الدراسة نزيهة بعيدة عن الاستغلال المحرم غير الشرعي لها، ومراعاة الضوابط المذكورة في حال إجراء التجارب على البويضات الملقحة.

---

(1) 2263، سنن أبي داود ج 2 ص 279

(2) زياد أحمد سـلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تقديم ومراجعة الشيخ عبد العزيز الخياط، طبع دار البيارق، ص218

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، 131/5.

ثانياً: استعمالات البويضات الملقحة المجمدة وحكمها: تستعمل البويضات الملقحة المجمدة في: علاج العقم بالإخصاب، والاستفادة منها بإجراء التجارب عليها.

وقد اختلف الفقهاء في حكم كل استخدام من هذه الاستخدامات على النحو التالي:

1- علاج العقم بالإخصاب: وهو نظامان:

نظام خاص: يتم فيه حفظ البويضات الملقحة لصالح رجل وامرأة بينهما علاقة زواج(1).

---

(1) مجلة الحديث في الطب، بنوك الأجنة المجمدة :عماد عطا الله http://www.newmj.com/?pagemagazine&id=13&cat=11&title=218

نظام عام(1): يتم حفظ البويضات الملقحة ثم بيعها أو التبرع بها لصالح أشخاص لا علاقة لهم بأصحاب البويضات الملقحة، وهذا محرم(2).

وللعلماء في تجميد البويضات لعلاج العقم بالإخصاب قولان، وكل قول بأدلة:

القول الأول: أجاز التجميد بين الزوجين، ولكن ضمن ضوابط وهي(3):

أن يقوم بالإخصاب لجنة طبية موثوق بها علميًا ودينيًا.

([1]) مجلة الحديث في الطب، بنوك الأجنة المجمدة :عماد عطا الله http://www.newmj.com/?pagemagazine&id=13&cat=11&title=218

([2]) وأسباب التحريم ترجع إلى:

- إنه مخالف لما تم الاتفاق عليه من أن قيام الزوجية أساس في إباحة الإخصاب، وهذا معدوم هنا.
- هذا باب من أبواب الزنا ودعوة لاختلاط الأنساب.
- فتح المجال للاتجار بالإنسان، وهدر لقدسيته وآدميته التي كفلتها له كل الشرائع السماوية.
- أنه منافي للفطرة السليمة والأخلاق والأعراف الإنسانية.
- التلاعب بالبويضات الملقحة لإغراض شخصية لتحسين سلالة بشرية وإنتاجها كما يرغبون، مثل تلقيح شخص مشهور ببويضة امرأة تتصف بالجمال والرشاقة.
- هدم لأحكام الأسرة وبنيالها وتغيب لأهدافها وغايتها الحقيقية من استقرار ومودة بين الزوجين وبناء جسور التواصل بين عائلاتهم وإنجاب الذرية الصالحة.
- ضياع للمعنى الحقيقي والجوهري للأبوة والأمومة.

([3]) تجميد الخلايا البشرية الزائدة عن حاجة النقل إلى الرحم :عبد الفتاح محمود إدريس http://jmuslim.naseej.com/Detail.asp?InNewsItemID=220303

أن يتم التجميد في مركز حكومي أو مؤسسة رسمية غير ربحية.

وجود ضمانات داخل تلك المراكز والمؤسسات تكفل عدم اختلاط الأنساب والتلاعب بالأجنة.

أن تكون الغاية حفظ الخلايا حتى يتم الإخصاب، أو ينقل إلى الزوجة صاحبة البويضة.

هذا ما انتهى إليه أعضاء اللجنة الفقهية بجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الندوة المنعقدة بعمان – الأردن لعام 1992م. وكذلك المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري(1).

أسباب اختيار القول بالجواز(2):

إن فيه مصلحة للزوج والزوجة والتيسير عليهما وهذا مطلوب شرعًا، وذلك أن احتمال فشل العملية قائم، وإعادة العملية من جديد فيه مشقة ومعاناة نفسية وجسدية للمرأة، بالإضافة للتكاليف المالية للزوجين مما يزيد العبء على كاهلهم وخاصة أن تكاليف العملية باهظة غالبًا.

فيه إسراف لمادة يمكن الاستفادة منها.

---

(1) المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري الصادر عن المركز الدولي الإسـلامي للبحوث السكانية – الحلقة السابعة – طرق العلاج الحديث للعقم بين الممارسة والبحث، ص 95.

(2)محمد علي البار، القضـايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد2، مجلد1، ص464

فيه حفظ وصيانة للمرأة من التكشف أكثر من مرة أمام الطبيب.

أنه يساعد الطبيب على اختيار اللحظة المناسبة طبيا لإجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى فرص لنجاح العلوق.

أنه يتيح للزوجة التي تخشى عقما مستقبلا نتيجة تدخل جراحي معين كاستئصال (المبيض) بأن تحتفظ بإمكانية أن تصبح بعد ذلك أما في الوقت الذي تختاره، وبذلك يمكن الإبقاء على أمل الأمومة لديها قائما بدلا من أن تفقد هذا الأمل إلى الأبد(1).

القول الثاني :القائل بحرمة تجميد البويضات بين الزوجين(2):

وهذا ما توصل وانتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة المنعقدة عام 1990 م، وبذلك أوصى المشاركون في الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة بالكويت عام 1989م(3).

فقد جاء في قرار الدورة السادسة لمجمع الفقه الإسلامي ما يلي:

في ضوء ما تحقق علميًا من إمكان حفظ البويضات غير ملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديًا لوجود فائض من البويضات الملقحة.

---

(1)محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، القاهرة، ط1، 1990م، ص 172.

(2) تجميد الخلايا البشرية الزائدة عن حاجة النقل إلى الرحم :عبد الفتاح محمود إدريس http://jmuslim.naseej.com/Detail.asp?InNewsItemID=220303

(3) انظر: ملحق رقم (11).

إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

أسباب اختيار القول بحرمة التجميد(1):

سدًا للذرائع وإقفالا لباب الفتن والفساد وما يؤول إليه من مشاكل أخلاقية ودينية شائكة باستغلال ذلك بشكل ينافي الدين والأخلاق.

احتمال موت صاحب الحيوان المنوي وبالتالي استغلال الأجنة بشكل مسيء وغير شرعي.

تجميدها يعني حبسها عن الحياة ومواصلة دورها، وهذا حبس غير جائز لعدم وجود مبرر شرعي.

([1]) تجميد الخلايا البشرية الزائدة عن حاجة النقل إلى الرحم :عبد الفتاح محمود إدريس http://jmuslim.naseej.com/Detail.asp?InNewsItemID=220303

مجلة الحديث في الطب، بنوك الأجنة المجمدة :عماد عطا الله http://www.newmj.com/?page=magazine&id 13&cat=11&title=218

أن التجميد يؤدي إلى تجزئة مدة الحمل إلى فترتين: فترة سابقة على التجميد، وفترة لاحقة. وقد يتراخى الفاصل الزمني بين المدتين لمدة طويلة وقد يتجاوز مجموع المدتين المدة المحددة للحمل، كما أنه يجعل من الحمل والوضع مشروعا مخططا يبدأ في لحظة معينة يمكن تقديمها أو تأخيرها حسب رغبة الزوجين، وهو أمر غير مقبول أخلاقيا(1).

أن التجميد ما زال في مرحلة التجارب ولم يستطيع الطب أن يحدد على وجه الدقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطفل في المدى القريب أو البعيد نتيجة لتجميد البييضة الملقحة، كما أن العلم لم يستطع أن يقدر تماما المخاطر المترتبة على ذلك.

أن التجميد يساعد على اختلاط النطف المخلفة وتفشي الأمراض وفتح باب الاتجار في هذا المجال(2).

قد يتم التجميد لمدة زمنية غير محددة ويكون لذلك آثاره السلبية على المولود فيما بعد.

---

(1)توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الأنابيب، بحث مقدم لندوة طفل الأنابيب، الجمعية المصرية للطب والقانون ص 140.

(2)باتريشيا مارشال، وضع إرشادات أخلاقية لأبحاث التكاثر البشري، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي، 1991م، ص 251.

الرأي الراجح: هو الرأي الثاني القائل بعدم جواز تجميد البويضات؛ لأن ذلك يؤدي إلى إغلاق الباب أمام مشاكل خطيرة لا تقل بل تفوق مشكلة الحرمان من الإنجاب، فاحتمال الخطأ وارد كما ذكر الدكتور محمد علي البار حيث قال: "احتمالات الخطأ موجودة لا أستطيع أن أحدد النسبة ولكنها نادرة، وموجودة مثلها مثل تحليل الدم... واحتمالات الخطأ في شيء يسبب اختلاط الأنساب يحتاج إلى إعادة نظر وإلى التروي فيه"(1).

والحق أن إباحة ذلك مطلقا يفتح شرا مستطيرا في المجتمع الإسلامي، والمحافظة على هذا المجتمع تقتضي إغلاق هذا الباب، لذلك فإن الميل إلى الرأي الثاني أفضل حفاظا على الأنساب من الاختلاط.

وكذلك لأن التجميد يؤثر على عمر البويضة كما يؤثر على عمر الإنسان بعد ذلك.

وبناء على ذلك فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس 17 - 21 شعبان 1410هـ الموافق 14- 20 مارس 1990م قرارا يمنع الأطباء من تلقيح أي عدد زائد عن الحاجة لغرسها في رحم المرأة صاحبة البييضة الملقحة بماء زوجها، ويمنع تجميد اللقائح(2).

---

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي – الدورة الثالثة- الجزء الأول 1408هـ – 1987م، العدد الثالث، ص 508.

(2)محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 242.

2- الاستفادة منها بإجراء التجارب عليها: حيث يمكن إجراء التجارب عليها والدراسة الهندسية الوراثية ومدى تأثرها بالأمراض، وكذلك التشوهات الخلقية، وتدرس عمليات التكاثر والانقسامات وعلم الوراثة وأمراض الكروموسومات والجينات والصفات الوراثية عند الإنسان وإمكان استخدامها في زراعة الأعضاء.

وقد انقسم العلماء في إجراء التجارب على البويضات الملقحة المجمدة إلى رأيان(1):

الرأي الأول: قالوا بحرمتها؛ لأن للبويضات الملقحة حرمة وقداسة، مثل حرمة وقداسة أي إنسان، وفي استخدامها للتجارب هدر لحريتها وقداسته، وكل ما يمكن أن يضره مخالف للغايات الإلهية، ممن قال بذلك عبد الله موسى.

أما الرأي الثاني: فأجازوا إجراء التجارب؛ لأن فريق منهم يروى أن الحياة تكون بعد نفخ الروح، وعليه يجوز إجراء التجارب قبل تلك الفترة. وفريق آخر يرى أن الحياة تبدأ بعد العلوق، وعليه يجوز التجميد قبل تلك الفترة.

---

(1)موقف الدين من تكنولوجيا الإخصاب الصناعي: ناهده البقصمي http://www.balagh.com/mosoa/feqh/0c1di0rr.htm

فالبويضات الملقحة ليست لها حرمة وقداسة كالجنين في مراحله المتقدمة، وما دامت خارج الجسم فهي ليست إنسانًا وإنها لا تستمر خارج الرحم فتتطور لإنسان(1)، وعليه يجوز إجراء التجارب عليه وزراعة الأعضاء، ولكن بضوابط.

ومن تلك الضوابط التي وضعها المجيزون:

- عدم تغيير فطرة الله.

- إذا كان الجنين قابلا لاستمرار الحياة فلا بد أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء وإجراء التجارب.

- أن لا يخضع ذلك للأغراض التجارية.

- أن يشرف على ذلك لجنة أو هيئة معتبرة وموثوق بها.

- احترام جسم الإنسان وتكريمه في كل الأحوال.

هذا وقد منع المجمع الفقهي إجراء التجارب على اللقائح إلا في حالات خاصة تكون لصالح بقاء الجنين واستمرار حياته، كما وصى المؤتمر الدولي الأول بذلك؛ حيث جاء في توصياته ما يلي:

([1])زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، مرجع سابق، ص219

- الأبحاث التي تجرى على البييضات الملقحة لابد أن تقتصر على الأبحاث العلاجية وتكون بالموافقة السابقة الواعية للزوجين.

- البييضات الملقحة التي أجري عليها بحوث علاجية لا تنقل إلا إلى رحم الزوجة ذاتها صاحبة البييضة، وأثناء سريان عقد الزواج وفي حياة الزوج(1).

وجاء في لجنة "وارنوك" في بريطانيا أنه يجوز إجراء البحوث على البييضات الملقحة الفائضة حتى اليوم الرابع عشر لنموها؛ على أساس أنه خلال تلك الفترة لا تتوافر للبويضة المخصبة آية معالم للإنسان الآدمي، أما بعد الأسبوعين فإنه يتكون العمود الفقري حيث يظهر الشريط الأولي الذي يتكون منه الميزاب العصبي بعد اليوم الرابع عشر من تاريخ الإخصاب، فلابد من توافر القيود والضوابط المتعلقة بالأبحاث الطبية التي تقع على الإنسان أو الجنين في بطن أمه(2).

وعلى ذلك: فلا يجوز إجراء البحوث على البييضات المخصبة "اللقائح" إلا لأغراض علاجية تكون لصالح بقاء الجنين وموافقة الزوجين على ذلك.

ثالثاً: مصير البويضات الفائضة: للعلماء في ذلك رأيان:

---

(1) التوصيات الصادرة عن المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي والذي عقده المركز الدولي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر في الفترة من 10 – 13 ديسمبر 1991م: ص 96، توصية رقم 10 ، 11.

(2)محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 105.

1- الرأي الأول: يرى البعض أن البييضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم ولذلك لا يمتنع إعداهما بأي وسيلة.

وهؤلاء بنوا رأيهم على رأي جمهور الفقهاء "من الحنفية، والشافعية، والحنابلة في رواية، والزيدية وأكثر الإمامية" في إباحة الإسقاط بعد الحمل ما لم يتخلق منه شيء وقبل نفخ الروح فيه.

2- الرأي الثاني: يرى أن هذه البييضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى، فتترك هذه البييضات الفائضة لشأنها للموت الطبيعي، وهذا أخف حرمة إذ ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة(1).

وهؤلاء بنوا رأيهم على رأي جمهور الفقهاء من أنه يحرم إسقاط الحمل قبل تخلقه ونفخ الروح فيه. وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية، والمعتمد عند المالكية، والشافعية في المذهب، والحنابلة في رواية، والظاهرية، وبعض الإمامية، وابن تَيْمِيَّةَ.

---

(1) المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المعاصرة – الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة – الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية: ص 757.

3- الرأي الراجح: والذي يترجح لدينا هو الرأي الثاني الذي نص على: أن تترك البييضات الملقحة الفائضة لشأنها للموت الطبيعي(1)، والأولى بالأطباء ألا يقوموا بتلقيح بييضات أكثر من العدد اللازم لوضعها في رحم المرأة. حتى تخرج من دوائر الريب التي تنتج من وجود هذا الفائض من البييضات وما يكون من استخدام مناف للشرع.

وقد بحث هذا الموضوع في الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالكويت (23 - 26 أكتوبر 1989م) باشتراك مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

وأصدرت الندوة توصياتها بعدم السماح للأطباء بتلقيح بييضات أكثر من العدد اللازم لوضعها في رحم المرأة وأوصت بعدم السماح بتجميد هذه اللقائح.

وأصدر مجمع الفقه الإسلامي(2) في مؤتمره السادس (17 - 23 شعبان 1410هـ ، الموافق 14 - 20 مارس 1990م) قرارا يمنع الأطباء من تلقيح أي عدد زائد عن الحاجة لغرسها في رحم المرأة صاحبة البييضة والملقحة بماء زوجها. ويمنع تجميد اللقائح. كما دعا القرار رقم 6/6/57 إلى ترك أي بييضات تم تلقيحها وزادت عن الحاجة لأي سبب من الأسباب، وبالتالي تموت موتها الطبيعي(3).

---

(1) انظر الملحق رقم (13).

(2) وهو نفس الموقف الذي اتخذته ألمانيا الغربية في هذا الصدد عام 1989م. انظر: ملحق (12).

(3)محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 242.

-4-المشاكل الأخلاقية الناتجة عن البويضات المجمدة وحكم الشرع

هناك مشاكل فنية وأخلاقية ودينية تعترض تجميد البييضات المخصبة وما ينتج عنها من تقنيات وإجراءات منها:

أولاً: البويضات المخصبة المجمدة "الأجنة" بعد وفاة الأبوين أو أحدهما: إذا مات الزوجان أو أحدهما بعد أن يقوما بمحاولة طفل الأنبوب ولديهما أجنة فائضة مجمدة. فهل يجوز بعد وفاة الأبوين بفترة من الزمن أن يولد لهما طفل؟(1)

حكم الشرع: أفتى علماء الشريعة بحرمة هذه الوسيلة.

ثانياً: وجود بنوك البويضات المخصبة "الأجنة المجمدة": يمكن أن تقوم بنوك للأجنة المجمدة لاستخدامها في حقل الأبحاث، كما أنه يمكن استخدامها في زرع الأعضاء بدلا من أعضاء أطفال أو بالغين؛

([1]) وقد حصل ذلك بالفعل لزوجين ثريين من الولايات المتحدة ذهبا إلى استراليا لإنجاب طفل بواسطة مشـــروع التلقيح الاصطناعي الخارجي "طفل الأنبوب"، وعندما فشلت المحاولة الأولى رجع الزوجان إلى الولايات المتحدة بعد أن احتفظ لهما الأطباء ببييضـــتين ملحقتين في مرحلة التوتة على أن يعودا في وقت لاحق لإعادة الكرة. وحدث أن سقطت الطائرة ومات الزوجان في الحادث ولديهما ثروة طائلة و لم يكن لهما وارث. ووصلت القضية إلى المحكمة "في استراليا" التي حكمت باستنبات الجنين بواسطة الأم المستعارة وذلك عام 1984م، وقد تم بالفعل ولادة طفل منهما.

حيث ثبت أن أعضاء الأجنة أقل تسببا للرفض وأكثر ملاءمة الزرع. وبهذا يمكن زرع الدماغ وخلايا الكلي وخلايا الكبد بدلا من زرع الكلى والكبد من البالغين أو الأطفال(1). وبما أن خلايا بعض الأنسجة والأجهزة تفقد قدرتها على الانقسام والتكاثر، وهي: القلب، والجهاز العصبي، والمبايض، فإن استبدال هذه الأعضاء التالفة بخلايا جنينية قادرة على الانقسام يمثل أحسن حل في المستقبل القريب بدلا من استخدام زرع الأعضاء التي لا تزال تواجه مشاكل جمة. فهل يجوز استخدام هذه الأجنة لهذا الغرض؟

حكم الشرع: يرى جمهور الفقهاء حرمة الإجهاض منذ لحظة التلقيح قبل نفخ الروح.

ثالثاً: الحصول على أجنة جاهزة لمن يعانون من العقم دون حاجة للدخول في مشروع التلقيح الاصطناعي الخارجي وما فيه من مشقة: فالتي تدفع الثمن تستطيع الحصول على جنين جاهز يشتله لها الأطباء في رحمها، وتحصل العاقر على طفل دون الحاجة للبحث عن بييضات و لا مني من زوجها.

---

(1) لقد تمكن العلماء في السويد بالفعل من زرع خلايا من الجهاز العصبي لجنين لمعالجة مرض باركنسون (الشلل الرعاش) كما تمكن علماء من البرازيل من زرع خلايا من الغدة الكظرية من جنين لعلاج نفس المرض.

حكم الشرع: إذا ظهرت تجارة هذه الأجنة الجاهزة ستظهر المشاكل التالية:

- شراء أجنة من أبوين لهما صفات وراثية معينة "نكاح الاستبضاع المعروف في الجاهلية"(1).

- حمل أجنة بواسطة الرحم المستأجر بعد وفاة الأبوين.

- جهالة مانح المني ومانحة البيضة.

- اختلاط الأنساب، وهذا يحدث في الغرب بصورة خاصة وقد يحدث ذلك ولو بصورة احتمالية في البلاد الإسلامية بسبب الخطأ الذي قد يحدث بسبب الترقيم أو حفظ البييضة الملقحة أو حفظ المني.

---

(1) روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلي إلى فلان واستبضعي منه "أي اطلبي منه المباضعة وهي الجماع" ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد فكان هذا النكاح يسمى: نكاح الاستبضاع. (انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي 3/ 248. ط دار إحياء الكتب العربية).

- اكتفاء النساء بالنساء والرجال بالرجال في مجتمع الشاذين وانتشار ذلك ويؤدي إلى إلغاء الزواج ونظام الأسرة بالنسبة لهؤلاء.

- التحكم في جنس الجنين وصفاته.

- زيادة ظهور الأمراض الوراثية.

- زيادة احتمال ظهور الأمراض الناتجة عن التشوهات: فقد اكتشف الطب الحديث أن في الطريق الطبيعي الشرعي للإنجاب وجود مقاومة للحيوانات المنوية المريضة والمصابة في صبغيتها وهذا ما يفتقده التلقيح الاصطناعي. كما أن عملية التبريد والتجميد كلها علميات غير فسيولوجية ولها تأثير على الخلايا(1).

---

(1) المنظمة الإسـلامية للعلوم الطبية، الإسـلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، الندوة المنعقدة بتاريخ السبت 20 شعبان 1407هـ- الموافق 18 إبريل 1978م إشراف عبد الرحمن عبد الله العوضي، ص194.

الخاتمة

تعتبر عمليات "نقل وزرع الأعضاء البشرية" أحدث ما توصل إليه التقدم الطبي في صراعه الطويل والمرير مع المرض، فقد توصل الطب إلى إمكان نقل عضو من جسم شخص إلى آخر.

وإذا كانت عمليات نقل وزراعة الأعضاء قد تخطت فعلا مرحلة التجارب الطبية ودخلت في مرحلة العلاج الفعلي، فإن الشرط الأساسي لإمكان القيام بهذه العمليات هو الحصول على أعضاء من جسم الإنسان -سواء حال الحياة أو بعد الوفاة- لتحل محل الأعضاء التالفة في جسم المريض التي لم يعد يجدي معها العلاج التقليدي، أي أن المصدر العلاجي هو الجسم ذاته.

ولما كانت الديانات السماوية قد اهتمت بالإنسان حيا وميتا، وكرمته وفضلته على سائر المخلوقات، وحرمت الاعتداء عليه في حياته وبعد مماته، فقد ثار الجدل والخلاف بين رجال الدين، حول مدى مشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء سواء فيما بين الأحياء أو من الأموات.

ومن خلال ذلك كان لزاما على رجال الفقه والقانون أن يضعوا تنظيما يقضي بوضع الضوابط القانونية التي تحكم عمليات الاستقطاع والنقل، بما يحفظ للإنسان كرامته وحرمة جسده، ويبعد هذه العمليات عن شبهة الاتجار.

ومن خلال دراستنا في هذا الكتاب نرى أن الشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على حماية النفس البشرية حال حياتها وحال مماتها، بل أوجبت الحماية من الشخص نفسه؛ لأن جسد الإنسان ليس من الأشياء. وهو يخرج عن دائرة التعامل، فأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو صحته يكون باطلاً، إلا إذا كان هذا الاتفاق يستهدف معالجة المرض أو المحافظة على الجسم البشري مثل عقد العلاج الطبي.

أما عن القانون الوضعي ودوره في حماية جسم الإنسان، فقد فعبر عنه بأن سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل الوظائف على النحو الطبيعي وأن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من الآلام البدنية.

وتفرق الفقه في مدى اعتبار الجسد وسلامته محلا للحق أو لا؟. وإذا ما سلمنا بطبيعة هذا الحق، فهل هو حق عيني أم ملكية أم حق انتفاع؟. إلا أننا نذهب مع الرأي الفقهي الذي يقول إنه حق مختلط أو مشترك، بأن للإنسان مع المجتمع حق ملكية على الجسد، فهو ذو طبيعة مزدوجة، للإنسان فيه جانب وللمجتمع فيه جانب آخر.

أما فيما ارتكز عليه الكتاب حول الأساس القانوني لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، فرأينا النظريات التي تعرضت لذلك، فهناك من مال إلى نظرية الضرورة كأساس للإباحة، ووصلنا إلى أن الشروط العامة لحالة الضرورة ليست كافية لتبرير النقل من الأحياء، إذ أن واجب الطبيب المعالج أن ينصرف لحماية الطرفين في آن واحد، وهما المعطي والمتلقي، وذلك وفقا لالتزامه المهني بالمحافظة على صحة مرضاه.

وبالانتقال إلى نظرية المصلحة الاجتماعية كأساس من أسس الإباحة نجدها تعرضت للكثير من الانتقادات كما هو حال نظرية الضرورة، فالأخذ بهذا المعيار سيؤدي إلى نتائج تتناقض مع القيم الإنسانية لاسيما في الموازنة بين الفائدة التي ستعود على المجتمع -بغض النظر عن الاعتبارات الفردية والإنسانية- وبالأهمية الاجتماعية للشخص وما يشغله من منصب علمي أو قيادي.

وأخيرا فإن الأساس القانوني الصحيح لإباحة عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء وهو القاسم المشترك بين نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية ألا وهو "رضاء المعطي"، وكذلك لا محل أيضا لإعطاء الرضا قيمته القانونية في مجال هذه العمليات إلا في حالة تدخل المشرع وقيامه بإعطاء العمل الطبي في هذا المجال سنده الشرعي مع قيامه بتحديد شروط وضوابط مشروعية هذا الاستقطاع.

وفي بحث الأسس التي جاء بها القانون الوضعي كسند للأعمال الطبية على المرضى نجدها تتفق مع ما جاء في الشريعة الإسلامية المتمثلة في إذن الحاكم - أي الترخيص بمزاولة المهنة- وإذن المريض في مباشرة العلاج، وقصد العلاج وتحقيق صلاح للمريض، بالإضافة إلى إتباع الأصول الطبية والقواعد المتعارف عليها في علم الطب.

وفيما يتعلق بموقف الشريعة الغراء من عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء اختلف فقاؤها بين مانع لها ومؤيد، فلقد اعتبر الفقه المانع للنقل إن أعضاء جسم الإنسان ليست ملكا له وهي ملك لله وحده سبحانه وتعالى، واعتبار نقل الأعضاء تغيير لخلق الله تعالى، واعتباره أمر من الشيطان وهو أمر منكر، واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة الشريفة والأدلة العقلية للبرهان على صحة رأيهم.

أما الفقه الذي أجاز النقل فكانت إجازتهم له نسبية وليست مطلقة، فأتفقوا على عدم جواز نقل الخصية وأنبوب التبويض لدى الأنثى، لأنهما يحويان الصفات الوراثية، بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب الذي حرمه الشرع مطلقا. واتفقوا على عدم جواز نقل الأعضاء التي تؤدي إلى هلاك الشخص، كالقلب والكبد وحرموا العوض في أي شكل من أشكاله، وأقروا بالتبرع المحض، واستدلوا على رأيهم وصحته بالكتاب والسنة والأدلة من القواعد الفقهية.

وباستعراض الشروط الطبية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية نجدها تركزت على شرطين هما: إذن الشارع وإذن المريض بممارسة الأعمال الطبية، أما فيما يتعلق بالشروط الطبية في القانون الوضعي فتمثلت في أن لا يكون العضو المراد نقله من الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة، وأن يكون العضو المراد نقله سليما وإلا أنتفت الحكمة من النقل، وأن تتوافر المصلحة العلاجية، وحيث يضيف بعض الفقهاء شرطا آخر مؤداه أن نقل العضو يكون هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض.

أما الشروط القانونية لهذه العمليات، فتتمثل بالدرجة الأولى برضاء المعطي كسبب إباحة إلى جانب نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية، ولقد استقرت التشريعات في غالبها على أن تكون موافقة المعطي كتابية بحيث يكون الرضا حرا مستنيرا وبدون مقابل مادي، وفي النقل من القصر اختلف الفقهاء حول أهلية المعطي القاصر، فمنهم من أنكر النقل من القاصر مطلقا حتى بإقرار الممثل القانوني له ولو كان النقل لمصلحة أحد أخوته، وهناك جانب فقهي آخر أجاز النقل من القاصر بشروط، كأن يكون النقل من القاصر لمصلحة الأخ أو الأخت دون غيرهما وأن تحيطهما رقابة ولي الأمر، وأن يقتصر النقل على الأعضاء والأنسجة المتجددة فقط.

أما بالنسبة لرضاء المريض، فالالتزام بتبصيره كشرط للحصول على رضائه، إلا إذا كان في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضائه ولم يكن له من يمثله قانونا، فهذا يخضع لحالة الضرورة.

ويجب في عمليات نقل الأعضاء أن يأخذ الرضاء شكلا خاصا فيمن يصدر منه، فيلزم أن يكون ثابتا بالكتابة وأن يتم أمام شهود؛ لأن الرضاء ما هو إلا تعبير عن إرادة كامنة في نفس المريض.

وهناك من الفقه من نادى بأن يكون تبصير الطبيب للمريض بكل مخاطر العلاج المقترح وأن أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يوجب المسؤولية على عاتق الطبيب، في حين ذهب رأي فقهي آخر أغلبه من الأطباء إلى عدم الالتزام بتبصير المريض، لأن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالمسائل الطبية، وهناك رأي أخير يرى أنصاره أنه يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه في حدود معينة طالما أن ذلك في مصلحة المريض، ونحن نذهب مع من ينادي بتبصير المريض تبصيرا كاملا بطبيعة مرضه والعلاج المقترح له؛ لكي يستطيع أن يقرر المريض بقبول أو رفض العلاج؛ لأن المريض وحده اتخاذ مثل هذا القرار إذ كان أهلا له. فما على الطبيب إلا أن يوضح له المخاطر التي سيتحملها المعطي من أجله لإنقاذ حياته.

ويجب أن تكون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، كأن يكون تنازل شخص عن عضو من جسمه من أجل مقابل مادي، فهذا ما لا يرتضيه أي مشرع أو شريعة. أو أن تجري تجارب طبية على أجساد المرضى، فهذا يتعارض مع الآداب العامة، حتى وإن كانت هذه التجارب سيستفاد منها المجتمع فيما بعد. وأن لا تؤدي العملية إلى الأضرار بالمعطي بحيث تعوقه عن أداء واجباته الاجتماعية تجاه مجتمعه، فهذا يعد مخالفا للنظام العام، وأن لا يترتب على إجراء هذه العمليات اختلاط الأنساب لأن اختلاط الأنساب يصطدم بقواعد النظام العام وحسن الآداب العامة ذات الطابع الديني والأخلاقي.

وفيما يتعلق بمسؤولية الطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، فهنا يجب أن نميز بين الخطأ العادي والخطأ الفني للطبيب في تحديد معيار الخطأ وسلطة القاضي في تقدير سلوك الطبيب، -طبقا للمعيار الموضوعي- وإن التزام الطبيب ببذل عناية كقاعدة عامة، إلا أن تطور العلم والتقدم العلمي في مجال الطب قلب الموازين وجعل التزام الطبيب بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية وخاصة في بعض العمليات، مثل عمليات التجميل وتركيب الأسنان الصناعية واستعمال الأجهزة الطبية الحديثة وتحاليل الدم، فكل هذه المحدثات جعلت من الجراح أن يكون متأكدا من نتائج أعماله مسبقا.

ونتيجة للتطور العلمي في مجال الطب جعل نظام العمل الطبي من خلال مجموعة أو فريق طبي متكامل مما يصعب معه تحديد المسؤول عن الضرر الطبي على غرار الطبيب الواحد، لهذا كان لزاما خلق قواعد قانونية جديدة لمواجهة هذه الحالة وعلى من تقع المسؤولية، وفي هذا الصدد فإننا نتفق مع الرأي الذي يقول برفض مسؤولية الفريق الطبي كشخص معنوي، والإبقاء على المسؤولية التضامنية لأعضائه، أما فيما يتعلق بالضرر الطبي فنجد أن الضرر المباشر هو فقط الذي يعوض عنه في كلا المسؤوليتين. وليس هناك سبب من الاعفاء من المسؤولية إلا إذا كان الضرر الواقع على المريض نتج عن فعل المريض نفسه، إلا أنه في الخطأ المشترك فإن التعويض يكون في خطأ المضرور وخطأ المسؤول بينهما كلا بقدر مساهمته في إحداث الضرر. أو أن يكون الخطأ واقع من فعل الغير أو بسبب القوة القاهرة، ففي هذه الحالات الثلاث ترفع المسؤولية عن الطبيب.

وكمظهر من مظاهر التقدم والتطور العلمي في عمليات نقل وزرع الأعضاء، بالإضافة للجدل الشرعي والقانوني المستمر حول هذه العمليات، ظهر موضوع نقل الأعضاء من المتوفين دماغياً، فاختلفت الآراء الفقهية والشرعية وكذلك الطبية بين الحل والحرمة والجواز وعدمه من الناحية الشرعية والطبية والقانونية.

وقد رأينا أنه نتيجة لأن نقل الأعضاء من الميت يوفر أعضاء يستحيل توافرها من المتبرع الحي مثل القلب والرئتين والبنكرياس والكبد، كما أنه يوفر أعضاء عديدة لجملة من المرضى في وقت واحد، هذا بالإضافة إلى انتفاء وجود مخاطر أو محاذير بالنسبة للإنسان المتبرع المتوفي، فإنه يجوز نقل الأعضاء من جثة الميت إلى الحي، ولكن بشروط وقواعد وضوابط فقهية وقانونية وطبية.

ومن الإكتشافات الحديثة في علم الطب والتي أثارت الكثير من التساؤلات وحيرت المجتمع ورجال الدين والقانون مسألة الإنجاب بمساعدة طبية "التلقيح الصناعي" وما أحدثه من ثورة كبيرة في ميدان الإنجاب، وما نتج عنه وانبثق عنه من فكرة تجميد للأجنة أو البويضات، واستئجار الأرحام، فبرزت عدة تساؤلات حول جدوى هذه التقنيات الحديثة، وأثيرت عدة مشاكل على مستوى الأخلاق والدين والقانون. وخلصنا إلى أن الإسلام الذي حرم الزنا والإستبضاع بقصد حماية الإنساب من الإختلاط لايقبل أية طريقة للتناسل خارج إطار الزواج ويحرم كل الفقهاء التلقيح الصناعي ما لم يكن بنطفة الزوج وبيوضة زوجته.

فالتلقيح الصناعي في صورته الغير جائزة وإجارة الأرحام وتجميد البويضات والأجنة، كلها أشياء تقود الإنسان إلى مستقبل مجهول النتائج، فجاءت الشريعة الإسلامية التي نهل منها القانون الوضعي فحرمت التلقيح الصناعي إلا في صورتها الشرعية، وكذلك كل ما ينتج عنه ويؤدى إلى إختلاط الأنساب.

بهذا نصل إلى ختام هذه الدراسة بنتيجة مفادها: أن الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية دعوا إلى حماية هذا الكائن البشري الذي كرمه الله فأحسن خلقه وهو أحسن الخالقين، ويسر له سبل العيش، وسخر له سائر المخلوقات الأخرى، فما عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا رحمة من الله سبحانه وتعالى لإنقاذ هذا الكائن البشري الذي كرمه الله، حتى وإن دعى الأمر إلى تضحية إنسان آخر، على ألا يترتب على هذه التضحية هلاك المضحي، ومن حكمة المولى عز وجل أن جعل في الإنسان أعضاء مزدوجة وأعضاء متجددة لا يترتب على التبرع بها مساس بحياة المتبرع.

فهذه العمليات وفي إطارها المشروع والقانوني الصحيح تثبت تعاضد وتكافل أفراد المجتمع الإنساني وتوادهم وتراحمهم، وبناء مجتمع معافى ينظر فيما بينهم بعين الرحمة لإعمار ما استخلفهم الله فيها.

الْحَمْدُ لِلّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَـذَا

وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلا أَنْ هَدَانَا اللّهُ

الملاحق

الملحق رقم (1)

القانون الليبي رقم (17) لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية

مؤتمر الشعب العام: تنفيذا لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العادي الثالث لعام 1394/93 من وفاة الرسول الموافق 1985 التي صاغها الملتقى العام للمؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والاتحادات والنقابات والروابط المهنية "مؤتمر الشعب العام" في دور انعقاده العادي العاشر في الفترة من 15 إلى 19 جمادي الآخرة 1394 من وفاة الرسول الموافق 2/26 إلى 1985/3/2، وبعد الإطلاع على القانون المدني وقانون المرافعات، وعلى القانون رقم (106) لسنة 1973 بإصدار القانون الصحي. وعلى القانون رقم (107) لسنة 1973 بإنشاء نقابة للمهن الطبية. وعلى القانون رقم (55) لسنة 1976 بإصدار قانون الخدمة المدنية. وعلى القانون رقم (4) لسنة 1982 بشأن جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى، صيغ القانون الآتي:

المادة (1):تسرى أحكام هذا القانون على كل من يمارس المهن الطبية والمهن المرتبة بها المشار إليها في المادتين 108 و 123 من القانون الصحي، وأية مهنة أخرى تضاف إلى هذه المهن بقرار من اللجنة الشعبية العامة للصحة. كما تسرى أحكام هذا القانون على الجهات التي تتولى علاج المرضى أو تصنيع أو توريد أو توزيع الأدوية والمعدات الطبية، وكذلك الجهات التي تتولى الإشراف عليها.

المادة (2):يحظر ممارسة أي عمل من أعمال المهن الطبية والمهن المرتبطة بها بدون ترخيص بذلك من الجهات المختصة. ولا يجوز الجمع بين أي من تلك المهن ومهنة أخرى. كما لا يجوز للمرخص له مزاولة المهنة إلا في حدود تخصصه، ولا يسرى ذلك في حالة إذا لم يوجد أخصائي أو كان هناك خطر على حياة المريض.

المادة (3):يجب على كافة العاملين الذين لعملهم صلاة بالمريض ما يلي:

أ-المساواة بين المرضى في المعاملة تبعا لأحوالهم الصحية.

ب-تأدية واجبات العمل على النحو الذي يكفل راحة المريض وتحقيق العناية به وإتباع التعليمات الصادرة بالخصوص.

ج-مراعاة أصول المهنة.

المادة (4):يحظر على كل من يمارس أيا من المهن الطبية والمهن المرتبطة بها استغلال حاجة المريض لتحقيق منفعة لنفسه أو لغيره.

المادة (5):يجب على الطبيب ما يلي:

أ-توخي الدقة والالتزام بالأصول العلمية الثابتة، المعترف بها من قبل أمانة الصحة سواء في الكشف أو العلاج أو الجراحة.

ب-التعاون مع غيره من الأطباء المتولين علاج المريض وتقديم ما لديه من معلومات عن حالته أو الطريقة التي تبعها في علاجه كلما طلب منه ذلك.

ج-تسجيل الحالة الصحية والسوابق المرضية أو الوراثية للمريض.

د-وصف العلاج كتابة مع تحديد مقاديره وطريقة استعماله وتنبيه المريض أو ذويه إلى ذلك أو إخبار المريض بأي منهاج آخر للعلاج يعتبر بديلاً متعارفاً عليه ونصحه بالمنهاج الأرجح في رأيه.

هـ-إرشاد من يقوم بفحصهم إلى الوسائل الوقائية من الأمراض التي يخشى إصابتهم بها وتحذيرهم من عواقب مخالفتها.

و-إبلاغ المريض بمرضه الخطير المستعصي إذا اقتضت ذلك مصلحته وسحت حالته النفسية، وكذلك إخطار ذويه ما لم يمانع المريض أو يحدد من يرغب إخطاره.

ز-بذل الجهد والعناية لتخفيف آلام المريض الميئوس من شفائه أو حياته.

ح-علاج المضاعفات الناجمة عن التدخل العلاجي أو الجراحي.

المادة (6):يحظر على الطبيب ما يلي:

أ-استخدام الطب لإزهاق روح الإنسان أو الإضرار بجسمه ما لم يجز القانون ذلك.

ب-معالجة المريض دون رضاه إلا إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته أو كان مرضه مهددا للسلامة العامة أو معديا أو قررت لجنة طبية أن رفضه للعلاج بسبب مضاعفات يتعذر أو يصعب معها العلاج.

ج-الامتناع عن علاج المريض أو الانقطاع عن علاجه إلا إذا خالف التعليمات أو استعان بطبيب آخر دون موافقة الطبيب المشرف على علاجه أو المؤسسة العلاجية التي يتم فيها العلاج.

وفي جميع الأحوال لا يجوز الامتناع أو الانقطاع إذا كانت حياة المريض أو سلامته معرضتين للخطر.

د-استعمال الوسائل غير الطبية أو غير المشروعة في معالجة المريض.

هـ-وصف أي علاج قبل إجرائه الكشف على المريض وتشخيصه لمرضه وكذلك وصف علاج لا تتناسب خطورته مع فائدته ولو كان بموافقة المريض.

و-تحرير تقرير طبي مخالف للحقيقة أو الإدلاء بمعلومات أو شهادة كاذبة مع علمه بذلك.

المادة (7):يكون التزام الطبيب في أداء عملية التزاما ببذل عناية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

المادة (8):يجب على المحلل والمشخص والمعالج بالأشعة أو الطاقات الحرارية أو الموجات الكهربائية أو ما في حكمها مراعاة الدقة وبذل العناية واتخاذ اسباب الوقاية في أداء العمل، وذلك كله طبقا للأصول العلمية.

المادة (9):يجب استعمال الأدوات والأجهزة الطبية بكل يقظة وانتباه وفقا للأصول العلمية وبما لا يضر بسلامة الإنسان.

المادة (10):لا يجوز إجراء العمليات الجراحية إلا بمراعاة ما يلي:

أ-أن تتم العملية داخل مؤسسة علاجية أو عيادة طبية معدة لذلك.

ب-أن يتم القيام بالفحوصات والتحاليل اللازمة والتأكد من أن حالة المريض تسمح بإجراء العملية.

ج-أن تكون الحالة الصحية للمريض تدعو لإجراء العملية عدا حالة بتر أجزاء أو أعضاء من الجسم.

د-أن تكون هناك موافقة كتابية على إجراء العملية من المريض أو المسؤول عنه قانونا إذا لم يكن راشدا أو كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته، وذل كله ما لم يقرر طبيبان على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة وكان الحصول على الموافقة متعذرا.

المادة (11):لا يجوز إخراج المريض من المؤسسة العلاجية إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك أو كان ذلك بناء على رغبته.

المادة (12):لا يجوز إنهاء حياة المريض - ولو بناء على طلبه - لتشويه أو لمرض مستعص أو ميئوس من شفائه أو محقق به وفاة أو آلام شديدة حادة وإن كانت حياته قائمة على الوسائل الصناعية.

المادة (13):لا يجوز إفشاء أسرار المريض التي يطلع عليها بسبب مزاولة المهنة إلا للجهات القضائية وفقا للقانون.

المادة (14):لا يجوز لغير الطبيب تقرير ثبوت الوفاء، وعلى الطبيب أن يتأكد من ذلك سواء بالكشف الظاهر أو باستعمال الوسائل العلمية الحديثة المتاحة أو بالاستعانة بطبيب آخر.

المادة (15):لا يجوز المساس بجسم الإنسان أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكن ذلك بموافقته الخطية وبعد التأكد من حصول ضرر له إن كان حيا أو كان ذلك وفقا لأحكام القانون رقم (4) لسنة 1982 المشار إليه إن كان ميتا.

ويحظر إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان الحي إلا برضاه ولغرض تحقيق منفعة مرجوة له وبمعرفة أطباء مرخص لهم بإجرائها طبقا للأسس العلمية المتعارف عليها.

المادة (16):لا يجوز تركيب الأعضاء الصناعية في الجسم إلا بعد التأكد من ملاءمتها للمريض وعدم إضرارها به وتهيئة جسمه لقبولها.

ويكون التزام الطبيب بتركيب الأسنان الصناعية التزاما بتحقيق نتيجة.

المادة (17):لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما.

المادة (18):لا يجوز القيام بأي عمل أو تدخل بقصد الحد من التناسل ما لم يتفق الزوجان على ذلك وبما لا يخل بمصلحة المجتمع أو تقرره لجنة طبية مختصة بمقتضى الضرورة القصوى بالنسبة للمشوهين خلقيا أو المتخلفين عقليا أو مراعاة المحقق من الحمل أو الولادة على حياة المرأة.

ويعتبر خطأ مهنيا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانيات المتاحة.

وبعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام ولا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية قبل وقوع الضرر. ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك.

المادة (24): لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر ناشئا عن رفض المريض للعلاج أو عدم اتباعه للتعليمات الطبية، رغم نصحه بالقبول وذلك كله دون الإخلال بحكم البند (ب) من المادة السادة من هذا القانون.

ويثبت رفض المريض للعلاج بإقراره كتابة أو بالإشهاد عليه.

المادة (25):تكون الجهة التي تتولى علاج المرضى والطبيب المعالج الذي له حق التوجيه والإشراف مسؤولين بالتضامن مع الممرضين والفنيين وغيرهم عمن ترتبط أعمالهم بالمهن الطبية عن الأضرار التي تلحق بالمريض بسبب خطئهم المهني.

المادة (26):يختص بتقرير مدى قائم المسؤولية الطبية مجلس طبي يتبع أمانة الصحة ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها.

وتصدر اللجنة الشعبية بناء على عرض أمين اللجنة الشعبية العامة للصحة القرارات المتعلقة بتشكيل المجلس المذكور وتنظيمه وكيفية مباشرته لاختصاصه.

وتسرى في هذا الشأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

المادة (27):يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية مجلس طبي يتبع أمانة الصحة ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها.

وتصدر اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض أمين اللجنة الشعبية العامة للصحة، القرارات المتعلقة بتشكيل المجلس المذكور وتنظيمه وكيفية مباشرته لاختصاصه وتسرى في شأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

المادة (28):مع عدم الإخلال بأحكام البندين 1، 2 (84) من قانون الخدمة المدنية المشار إليه تتولى محاكمة من يخالف أحكام هذا القانون تأديبا محكمة مهنية تشكل في كل بلدية بقرار من اللجنة الشعبية للبلدية برئاسة قاض لا تقل درجته عن رئيس محكمة ابتدائية تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضوية طبيبين يرشحهما أمين اللجنة الشعبية للصحة في البلدية ويراعى بقدر الإمكان أن يكون من ذوي التخصصات العالية.

المادة (29):تسري على الدعوى التأديبية التي ترفع أمام المحكمة المهنية المشار إليها في المادة الثامنة والعشرين من هذا القانون الأحكام المتعلقة بالدعوى التأديبية المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون.

ويصدر القرار بالإحالة إلى المحاكمة التأديبية من اللجنة الشعبية العامة للصحة أو من تفوضه في ذلك.

المادة (30):العقوبات التأديبية التي لا يجوز توقيعها على المخالفين لأحكام هذا القانون هي:

أ-الإنذار.

ب-اللوم.

ج-الخصم م المرتب لمدة لا تتجاوز تسعين يوما في السنة، ولا يجوز أن يجاوز الخصم تنفيذا لهذه العقوبة ربع المرتب شهريا بعد الربع الجائز الحجز عليه أو التنازل عنه قانونا.

د-الحرمان من العلاوة السنوية.

هـ-الحرمان من الترقية مدة لا تقل عن سبعة أشهر ولا تتجاوز ثلاث سنوات.

و-الإيقاف عن مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز سنة.

ز-خفض الدرجة.

ح-العزل من الوظيفة أو الحرمان من مزاولة المهنة.

المادة (31):تنشئة هيئة تسمى "هيئة التأمين الطبي" تكون لها الشخصية الاعتبارية يلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها بالتأمين لديها عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن.

المادة (32):تصدر اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض اللجنة الشعبية العامة للصحة قرارا بتنظيم الهيئة المشار إليها في المادة السابقة وكيفية مباشرتها لاختصاصاتها وأوجه استثمارها لمواردها والفئات الملزمة بالتأمين لديها وقيمة اقساط التأمين وطريقة سدادها، وغير ذلك من الأحكام المنظمة لها.

المادة (33):يعاقب بالسجن كل من قام بعمل أو تدخل بقصد حرمان شخص من التناسل في غير الأحوال المسموح بها وفقا لحكم المادة الثامنة عشرة من هذا القانون.

وتكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تتجاوز مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان الحرمان من التناسل بصفة مؤقتة.

المادة (34):يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات كل من يخالف حكم المادة الثانية عشرة من هذا القانون.

المادة (35):يعاقب بالحبس مدة لا تقثل عن سنة وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار كل من يخالف أحكام المواد: الرابعة، والبند (ر) من المادة السادسة، والمادة العاشرة والفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة والمادة السابعة عشرة من هذا القانون.

المادة (36):يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المواد الثانية والثالثة والبنود (أ) و (ب) و (د) و (ح) من المادة الخامسة والبندين (ج) و (هـ) من المادة السادسة والمواد الثالثة عشرة والرابعة عشرة والعشرين والحادية والعشرين

والفقرة الثانية من المادة الثانية والعشرين من هذا القانون.

المادة (37):يلغي كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

المادة (38):يعمل بهذا القانون بعد ستين يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

مؤتمر الشعب العام

صدر في 21 ربيع الأول 1395 من وفاة الرسول الموافق1986/11/24

ملحق رقم (2)

القانون السوري بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان

رئيس الجمهورية

بناء على أحكام الدستور وعلى ما أقره مجلس الشعب بجلسته المنعقدة بتاريخ

يصدر ما يلي:

مادة 1: يجوز للإختصاصيين في المستشفيات والمؤسسات الطبية التي تحددها وزارة الصحة القيام بنقل عضو ما أو أحشاء أو جزء منها كالقرنية أو الكلية أو غير ذلك / من الأعضاء أو الأحشاء وحفظه وغرسه أو تصنيعه لمريض يحتاج إليه .

مادة 2: يمكن نقل الأعضاء وغرسها من شخص حي إلى شخص حي آخر في الحالتين الآتيتين:

أ- في حالة كون النسيج أو العضو منقولا من وإلى نفس الجسم الذي يتلقاه ويتم وفقا لتقدير الجراح المعالج .

ب- في حالة كون النسيج أو العضو منقولا من جسم إلي آخر وفقا للشروط الآتية :

1- أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة حتى لو كان ذلك بموافقة المتبرع .

2- أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء إختصاصيين بفحص المتبرع لتقرير ما إذا كان نقل العضو من جسم المتبرع يشكل خطرا على حياته ومدى حاجة المستفيد لعملية النقل .

3- أن لا يتم نقل العضو إلا من المتبرع كامل الأهلية وبعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة .

4- أن لا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع أخوين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجودهما أو إحداهما أو الراعي الشرعي .

5- يجوز إجراء عملية النقل والغرس على المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية صريحة منه أو من وليه الشرعي أو من عائلته .

6- أن لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو لغاية الربح .

مادة 3 – يجوز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغية غرسها لمريض بحاجة إليها وذلك في إحدى الحالتين الآتيتين :

1- وصية المتوفى بإجراء ذلك .

2- موافقة أحد أفراد أسرة المتوفى على النحو التالي :-

أ- قرابة الدرجة الأولى .

ب- قرابة الدرجة الثانية في حال عدم توفر قرابة من الدرجة الأولى .

مادة 4 – يجب أن لا يؤدي نقل الأعضاء إلى إحداث ما يسئ إلى كرامة جثة المتوفى أو تغيير ملامحها .

مادة 5 – لا يجوز نقل الأعضاء من المتوفى إلا بعد التأكد من الوفاة وفقا للتعليمات التي تصدرها وزارة الصحة وبموجب تقرير أصولي من لجنة طبية مؤلفة من ثلاثة أطباء .

مادة 6 – يجب أن يكون الفريق الطبي الذي يقرر الوفاة هو غير الفريق الطبي الذي يقوم بعملية النقل والغرس .

مادة 7 – يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبالغرامة من 5000 إلى 10000 ليرة سورية كل من يخالف أحكام هذا القانون أو التعليمات والقرارات المنفذة له .

مادة 8 – تحدد وزارة الصحة تعرفة أجور عمليات نقل الأعضاء وغرسها .

مادة 9 – تصدر وزارة الصحة القرارات والتعاريف والتعليمات التنفيذية الناظمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

مادة 10 – يلغي القانون رقم /31/ تاريخ 1972/8/23 والقانون المعدل له رقم 43 تاريخ 1986/12/20 وجميع الأحكام القانونية المخالفة لهذا القانون .

مادة 11 – ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية .

دمشق في 26/9/ 1423 هـ و 20/ 11/ 2002 م

ملحق رقم (3)

القانون الأردني بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان

المادة (1): يجوز للاطباء المتخصصين اجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفي وزرعها في جسم شخص حي آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته وذلك وفقا للشروط والاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة (2): يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه وشهد عليه شاهدان كاملا الأهليه.

المادة (3): لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي ولو كان ذلك بموافقته، إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة أو كان استئصال هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب.

المادة (4): يجب احاطة المتبرع بجميع النتائج الصحية المؤكدة والمحتملة التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به . ويتم ذلك من قبل فريق طبي متخصص بعد اجراء فحص شامل للمتبرع.

المادة (5): يجوز للمتبرع قبل اجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط، ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون.

المادة (6): يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم، وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي وذلك بالشروط الآتية-:

1- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ممن يوثق فيهم من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية.

2- ألا يكون الشخص المتوفي قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهليه.

المادة (7): يحظر بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها، ويحظر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك.

المادة (8): يتم اجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض وذلك وفقا للشروط والاجراءات التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة.

المادة (9): يصدر وزير الصحة قرارا بتحديد الشروط والمواصفات الواجب توفرها في أماكن حفظ الأعضاء وتنظيم الاستفادة منها.

المادة (10): مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس وبغرامة لا تزيد على (30.000) ثلاثين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ تنفيذ الحكم النهائي الصادر في الجريمة الأولى.

المادة (11): على وزير الصحة اصدار اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون

المادة (12): ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره.

ملحق رقم (4)

مرسوم بالقانون رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء

بعد الإطلاع على الأمر الأميري الصادر بتاريخ 27 من شوال سنة 1406هـ الموافق 3 من يوليو سنة 1986م ، وعلي المادة 15 من الدستور ، وعلى القانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء والقوانين المعدلة له ، وعلى القانون رقم 30 لسنة 1972 بإنشاء بنك العيون، وعلى القانون رقم 7 لسنة 1983 في شأن عمليات زراعة الكلى للمرضى، وبناء على عرض وزير الصحة العامة، وبعد موافقة مجلس الوزراء . أصدرنا القانون الآتي نصه :

المادة (1): يجوز إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة للمحافظة علي حياته وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون .

المادة (2):للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه أو أكثر من عضو ويكون التبرع أو الوصية بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهليه .

المادة (3):لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي ولو كان ذلك بموافقته إذا كان استئصال هذا العضو يفضي إلي موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب .

المادة (4):يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة علي استئصال العضو المتبرع به وتتم الإحاطة كتابة من قبل فريق طبي مختص وذلك بعد إجراء فحص شامل ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط .

المادة (5):يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم . وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي ويكون ذلك بمراعاة ما يلي :

أ-التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية علي ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية .

ب- ألا يكون الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته علي استئصال أي عضو من جسمه وذلك بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

المادة (6):مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة يجوز بناء علي توصية لجنة من ثلاثة أطباء إختصاصيين على الأقل نقل عضو من جثة متوفى لزرعه في جسم حي فى حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته وذلك بعد موافقة وزير الصحة العامة .

المادة (7):لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة أو تقاضي آي مقابل مادي عنها ويحظر علي الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصالها إذا كان علي علم بذلك .

كما لا يجوز للشخص استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون.

المادة (8):يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة العامة لهذا الغرض وفق الإجراءات والشروط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة العامة.

المادة (9):يحدد وزير الصحة العامة بقرار منه الشروط والمواصفات الواجب توافرها في الأماكن التي تخصص لحفظ الأعضاء وتنظيم الاستفادة منها .

المادة (10):مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له ، بالحبس مده لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد علي ثلاثة آلاف دينار ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم النهائي في الجريمة الأولى.

المادة (11):يصدر وزير الصحة العامة القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

المادة (12):يلغي القانون رقم 30 لسنة 1972 والقانون رقم 7 لسنة 1983 المشار إليهما.

ويستمر العمل بالقرارات الصادرة تنفيذا لهما إلي أن تصدر القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون وذلك فيما لا يتعارض مع أحكامه .

المادة (13):علي الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

أمير الكويت

جابر الأحمد

ملحق رقم (5)

قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية (15 / 1993) لدولة الامارات العربية المتحدة

المادة (1): يجوز للاطباء المتخصصين اجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفي وزرعها في جسم شخص حي آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته وذلك وفقا للشروط والاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة (2): يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه وشهد عليه شاهدان كاملا الأهليه.

المادة (3): لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي ولو كان ذلك بموافقته، إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة أو كان استئصال هذا العضو يفضي إلى موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب.

المادة (4): يجب احاطة المتبرع بجميع النتائج الصحية المؤكدة والمحتملة التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به . ويتم ذلك من قبل فريق طبي متخصص بعد اجراء فحص شامل للمتبرع.

المادة (5): يجوز للمتبرع قبل اجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط، ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون.

المادة (6): يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقة غالبيتهم، وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي وذلك بالشروط الآتية:-

1- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ممن يوثق فيهم من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية.

2- ألا يكون الشخص المتوفي قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهليه.

المادة (7): يحظر بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنها،

ويحظر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك.

المادة (8): يتم اجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء البشرية في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض وذلك وفقا للشروط والاجراءات التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة.

المادة (9): يصدر وزير الصحة قرارا بتحديد الشروط والمواصفات الواجب توفرها في أماكن حفظ الأعضاء وتنظيم الاستفادة منها.

المادة (10): مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون بالحبس وبغرامة لا تزيد على (30.000) ثلاثين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ تنفيذ الحكم النهائي الصادر في الجريمة الأولى.

المادة (11): على وزير الصحة اصدار اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

المادة (12): ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره.

الامارات

ملحق رقم (6)

القانون رقم 22 لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991

يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها

باسم الشعب، وبعد موافقة مجلس النواب، يصدر رئيس الجمهوريّة القانون الآتي نصه:

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل الأول: الحرمة الجسديّة للإنسان مضمونة. وتخضع عمليات أخذ الأعضاء البشريّة وزرعها لأحكام هذا القانون.

الفصل 2:يجوز لغاية العلاج أخذ عضو من شخص متبرّع قصد زرعه لشخص آخر ويشترط في المتبرع أن يكون رشيدا سليم المدارك العقلية متمتعا بالأهليّة القانونيّة الكاملة وأن يكون رضاه صريحا وصادرا عن اختيار.

الفصل 3: يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية ما لم تحصل ممانعة من الهالك في قائم حياته أو بعد وفاته من الأشخاص كاملي الأهليّة الآتي ذكرهم حسب الترتيب التالي : الأبناء - الأب - الأم - الزوج - الأخوة والأخوات والولي الشرعي. ولا يجوز أخذ الأعضاء ولو برضاء أحد هؤلاء إذا عارض في ذلك شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب أو يكون الأكبر سنا بالنسبة للأبناء أو الأخوة والأخوات. لا يجوز أخذ عضو من جثة قاصر أو محجور قصد زرعه إلا بموافقة وليه الشرعي.

الفصل 4 : يحجر مطلقا أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء لزرعه ولو برضاهم. يعتبر عضوا ضروريا للحياة العضو الذي بأخذه تحصل حتما وفاة الشخص الذي أخذ منه.

الفصل 5: يحجر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثيّة من الأحياء والأموات قصد زرعها.

الفصل 6: يحجر أخذ الأعضاء بمقابل مالي أو بأي صفة من صفات التعامل في الحالات المشار إليها بالفصلين 2 و 3 بقطع النظر عن إرجاع المصاريف التي قد تستلزمها عمليات الأخذ والزرع.

الباب الثاني في الصيغ والإجراءات التي يتم بمقتضاها أخذ الأعضاء وزرعها

الفصل 7: يتم كتابيّا إعلام الشخص المتبرع بعضو من أعضائه لغاية زرعه بالنتائج المحتملة لقراره من طرف الطبيب المسؤول عن القسم الإستشفائي الذي ستقع فيه عملية الأخذ أو نائبه، ويتضمن هذا الإعلام:

أ- كل النتائج المحتملة من الناحيتين البدنيّة والنفسيّة لعملية الأخذ وكذلك الانعكاسات المحتملة لها على الحياة الشخصيّة والعائليّة والمهنيّة للمتبرّع.

ب- كل النتائج المرتقبة من عملية الزرع لفائدة المنتفع بها.

الفصل 8: على المتبرع أن يدلي برضاه لدى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه والتي يوجد مقر إقامته أو مقر المؤسسة الإستشفائيّة بدائرة مرجع نظرها والقاضي الذي يتلقى رضا المتبرع يتأكد سلفا من صحة توفر شروط الرضا المنصوص عليها بالفصل 2 من القانون ويدون في ذلك محضرا يمضيه معه المعني بالأمر وكاتب المحكمة. وعلى كاتب المحكمة أن يوجه نسخة منه إلى المؤسسات الإستشفائيّة المرخص لها طبق الفصل 13 من هذا القانون ويودع الأصل بكتابة المحكمة بعد تضمينه بدفتر مخصص لذلك.

الفصل 9 : يجوز للمتبرع أن يتراجع عن رضاه قبل إجراء العملية دون التقيد بأي شكل.

الفصل 10: تصدر الممانعة من الهالك في قائم حياته بكتب معرف بالإمضاء عليه يودع لدى كتابة المحكمة الابتدائية التي يقيم بدائرة مرجع نظرها والتي عليها حالا إعلام كافة المؤسسات الإستشفائيّة المرخص لها في عمليات أخذ وزرع الأعضاء بقرار الممانعة. وعلى المؤسسات المذكورة تسجيل ذلك بدفتر معد لهذا الغرض. ويمكن للممانع أن يذكّر إدارة المستشفى عند دخوله إليه بقرار ممانعته.

الفصل 11: الممانعة الصادرة عن أحد الأشخاص المشار إليهم بالفصل 3 من هذا القانون يمكن أن يقع التصريح بها لدى إدارة المستشفى الذي وقعت به الوفاة وذلك قبل عملية الأخذ، وتدون الممانعة بنفس الدفتر مذيلة بإمضاء المعني بالأمر.

الفصل 12: قبل إجراء عملية الأخذ من الأموات يجب على الطبيب المسؤول عن تلك العملية أن يتثبت لدى إدارة المستشفى عن عدم حصول الممانعة سواء من الهالك في قائم حياته أو بعد وفاته من أحد الأشخاص المشار إليهم بالفصل 3 من هذا القانون.

الفصل 13: يقع إجراء عمليات أخذ وزرع الأعضاء المنصوص عليها بالفصلين 2 و 3 من هذا القانون بالمؤسسات الإستشفائيّة العموميّة المرخص لها في ذلك بقرار من وزير الصحة العموميّة. غير أنه يمكن إجراء عمليات زرع القرنيات بالمؤسسات الصحيّة الخاصة المرخص لها في ذلك بقرار من وزير الصحة العموميّة.

الفصل 14: يجب أن تتوفر في هذه المؤسسات مسبقا الشروط التالية:

أ- الإطار الطبي اللازم والوسائل الفنيّة التي تمكن من معاينة الموت طبقا لمقتضيات الفصل 15 من هذا القانون.

ب- الإطار الطبي المختص في عمليات أخذ الأعضاء وزرعها.

ج- قاعد عمليات تتوفر فيها الوسائل الضروريّة لأخذ الأعضاء وزرعها.

د- الوسائل اللازمة للحفاظ على الجثث.

هـ - الإطار المختص برتق الجثث.

ويجب بصورة عامة أن تتوفر في تلك المؤسسات كل الظروف الملائمة لإجراء هذه العمليات بصفة مرضيّة.

الفصل 15: لا يجوز أخذ عضو من جثة لغايات علاجيّة قبل معاينة الموت وتقع هذه المعاينة:

أ- من طرف طبيبين استشفائيين لا ينتميان إلى الفريق المكلف بعملية أخذ الأعضاء وزرعها.

ب- وفق القواعد المقبولة والمعمول بها في الميدان الطبي، وبين وزير الصحة العموميّة بمقرر الطرق والعلامات الواجب اعتمادها والدالة على حصول الوفاة بصفة نهائيّة وخاصّة التوقف النهائي لوظائف المخ.

يحرّر الطبيبان اللذان يعاينان الموت محضرا في وفاة الشخص يوضحان فيه تاريخ الموت وساعته وسببه وطريقة ملاحظته ويتم إمضاؤه من طرفهما.

الباب الثالث : أحكام جزائيّة

الفصل 16 : كل مخالف لأحكام الفصلين 2 و 3 من هذا القانون يعاقب بالسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطيّة تتراوح بين ألف دينار وألفي دينار.

الفصل 17 : كل مخالف لأحكام الفصل 4 من هذا القانون يسلط عليه العقاب الوارد في الفصل 201 من القانون الجنائي في صورة وفاة المتضرر والعقاب المنصوص عليه بالفصل 219 من القانون الجنائي في الصور الأخرى.

الفصل 18 : كل مخالف لأحكام الفصلين 5 و 6 من هذا القانون يعاقب في غير صورة الفصل 221 من القانون الجنائي بالسجن من عامين إلى خمسة أعوام وبخطية تتراوح بين ألفي دينار وخمسة آلاف دينار.

الفصل 19 : يمكن بالإضافة إلى العقوبات المذكورة بالفصول السابقة من هذا الباب حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المدنيّة ومن بعض الوظائف والمهن لمدة تتراوح بين عام وخمسة أعوام.

الفصل 20 : تستوجب مخالفة أحكام الفصل 13 من هذا القانون تسليط خطيّة تتراوح بين ألفي دينار وخمسة آلاف دينار علاوة على الإجراءات الإداريّة وخاصة منها غلق المؤسسة الإستشفائيّة الخاصّة لمدة تتراوح بين شهر وستة أشهر.

الفصل 21 : ألغيت جميع الأحكام السابقة المخالفة لهذا القانون وخاصة الأمر المؤرخ في 19 جويلية 1951 المتعلق بالترخيص في أخذ أجزاء من الجثث بالمستشفيات. ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في25 مارس 1992

* * *

قانون ذو صلة

قانون عدد 49 لسنة 1995 مؤرخ في 12 جوان 1995

يتعلق باحداث المركزالوطني للنهوض بزرع الاعضاء.

الفصل الأول: أحدثت مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي، تسمى "المركز الموطني للنهوض بزرع الأعضاء."

وتخضع هذه المؤسسة لإشراف وزارة الصحة العمومية وتلحق ميزانيتها ترتيبيا بالميزانية العامة للدولة.

ويكون مقر المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء بتونس العاصمة.

الفصل 2: تتمثل مهمة المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء خاصة فيما يلي:

-اقتراح الاساليب العملية لأخذ الأعضاء البشرية والمحافظة عليها ونقلها وزرعها.

-الحث على التبرع بالأعضاء وذلك بالمشاركة في اعلام وتحسيس العموم وخاصة بالتعاون مع الجمعيات المعنية.

-المساهمة في تكوين أعوان الاطار الطبي وشبه الطبي المعنيين بزرع الأعضاء.

-مسك سجل مركزي يرسم به الاشخاص الذين تستدعي حالتهم الصحية زرع عضو لهم، مع المحافظة على سرية المعلومات ذات الصبغة الخاصة المتعلقة بالاشخاص المرسمين به.

-اسناد الاعضاء المعدة للزرع إلى الاشخاص الذين تستدعي حالتهم الصحية ذلك.

الفصل 3:يسير المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء مدير عام تقع تسميته بأمر باقتراح من وزير الصحة العمومية يساعده مجلس اداري ومجلس علمي تحدد تركيبتهما ومهامهما بأمر.

ويضبط التنظيم الإداري والمالي للمركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء وكذلك طرق تسييره بمقتضى أمر.

تونس

ملحق رقم (7)

مشروع قانون رقم (21) لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في قطر

نحن حمد بن خليفة آل ثاني أمير دولة قطر، بعد الإطلاع على النظام الأساسي المؤقت المعدل ، وبخاصة علي المواد (23) ، (34)، (51) منه، وعلى قانون المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (16) لسنة 1971 المعدل بالقانون رقم (10) لسنة 1982 وبخاصة علي المادة (22) منه، وعلى القانون رقم(11) لسنة 1982 بتنظيم المؤسسات العلاجية، وعلى القانون رقم (2) لسنة 1983 في شأن مزولة مهنتي الطب البشري وطب وجراحة الأسنان والقوانين المعدله له، وعلى المرسوم رقم (35) لسنة 1979 في شأن مؤسسة حمد الطبية ، المعدل بالمرسوم رقم (38) لسنة 1987 ، وبعد استطلاع رأي رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية ، وعلى اقتراح وزير الصحة العامة ، وعلى مشروع القانون ، المقدم من مجلس الوزراء ، وبعد أخذ رأى مجلس الشورى ، قررنا القانون الآتي:

المادة (1): في تطبيق أحكام هذا القانون ، يكون للكلمات والعبارات التالية ، المعاني المبينة قرين كل منها ، ما لم يقتض السياق معنى آخر :

الوزير : وزير الصحة العامة.

الوزارة : وزارة الصحة العامة.

العضو : أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه يكون حيويا وهاما لإنقاذ المريض.

نقل العضو : استئصال عضو من جسم إنسان حي أو ميت وزراعته في جسم إنسان حي.

الوفاة : توقف القلب والتنفس توقفا نهائيا ، أو تعطل وظائف الدماغ تعطلا كاملا لا رجعة فيه (الموت الدماغي).

المادة (2): يجوز للأطباء الإختصاصيين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى ، وزرعها في جسم شخص حي آخر بهدف المحافظة على حياته ، أو لتحقيق مصلحة علاجية راجحة ، وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون .

المادة (3): يحظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر .

المادة (4): للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه ، بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

المادة (5): لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي ، ولو كان ذلك بموافقته ، إذا كان استئصال هذا العضو يفضي إلي وفاة صاحبه ، أو فيه تعطيل له عن واجب

أو إذا غلب علي ظن الأطباء المعالجين عدم نجاح عملية الزرع .

المادة (6): يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المحتملة والمؤكدة ، التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به . ويتم ذلك كتابة من قبل فريق طبي مختص بعد إجراء فحص شامل للمتبرع .

ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الإستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط .

المادة (7): يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من جد ، حال وفاته ، من أقرب أقربائه ، كاملي الأهلية ، حتى الدرجة الثانية ، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة ، وجب موافقتهم جميعا . وفي جميع الأحوال تكون الموافقة بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ، بعد مراعاة ما يلي :

1- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة / بمعرفة لجنة من ثلاثة أطباء إختصاصين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية .

2- ألا يكون الشخص المتوفى قد إعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه ، وذلك بموجب اعتراض كتابي ، أو بشهادة شاهدين كاملي الأهلية.

المادة (8): يجوز – بموافقة المحكمة الشرعية – نقل الأعضاء من جثث المتوفين مجهولي الشخصية ، بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة

إذا كان في ذلك مصلحة راجحة للمريض ، كما يجوز للمحكمة قبل انقضاء هذه المدة ، بناء على توصية لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل ، الموافقة على النقل متى كان ذلك لازما لإنقاذ حياة شخص آخر في حاجة ماسة إلى العضو المنقول .

المادة (9): لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة كانت ، أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ، ويحظر على الطبيب الإختصاصى إجراء عملية استئصال لها إذا كان على علم بذلك .

المادة (10): يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء في المستشفيات الحكومية التي تخصصها الوزارة لهذا الغرض ، وفق الشروط والإجراءات التي يصدر بها قرار من الوزير .

المادة (11): يصدر الوزير قرارا بتحديد الشروط والمواصفات الواجب توافرها في الأماكن التي تخصص لحفظ الأعضاء وطرق الإستفادة منها .

المادة (12): مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي ثلاث سنوات ، وبغرامة لا تقل عن ألفي ريال ولا تزيد على عشرين ألف ريال ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من خالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له ، وتضاعف العقوبة في حال العود .

ويعتبر عائدا من يرتكب جريمة مماثلة قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة المحكوم بها .

المادة (13): يصدر الوزير القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

المادة (14): علي جميع الجهات المختصة ، كل فيما يخصه ، تنفيذ هذا القانون .

ويعمل به بعد ستين يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

حمد بن خليفة آل ثاني

أمير دولة قطر

صدر في الديوان الأميري بتاريخ : 1417هـ الموافق: 1997م

ملحق رقم (8)

مرسوم بقانون رقم (16) لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بمملكة البحرين

نحن عيسى بن سلمان آل خليفة أمير دولة البحرين بعد الإطلاع على الدستور ، وعلى الأمر الأميري رقم (4) لسنة 1975 ، وعلى المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1989 بشأن مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، وبناء علي عرض وزير الصحة ،وبعد أخذ رأي مجلس الشوري ، وبعد موافقة مجلس الوزراء ، رسمنا بالقانون الآتي:

المادة (1): يجوز للأطباء المتخصصين ، إجراء عمليات إستئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر، بقصد العلاج للمحافظة على حياته ، وذلك وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون .

المادة (2): يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ، ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا ، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ، ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية .

المادة (3): لا يجوز نقل عضو من جسم شخص حي ولو كان ذلك بموافقته ، إذا كان إستئصال هذا العضو يفضي إلي موت صاحبه أو فيه تعطيل له عن واجب .

المادة (4): تجب إحاطة المتبرع بجميع النتائج الصحية المؤكدة والمحتملة التي تترتب علي إستئصال العضو المتبرع به ، وتتم الإحاطة كتابة من قبل لجنة طبية متخصصة ، بعد إجراء فحص شامل للمتبرع .

ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الإستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط ولا يجوز للمتبرع إسترداد العضو الذي تم إستئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون.

المادة (5): يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى ، بشرط الحصول علي موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية ، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجبت موافقة غالبيتهم وفى جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي ، وذلك بالشروط التالية :

1- التحقق من الوفاة بصورة قاطعة ، بواسطة لجنة طبية تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين ، من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية علي ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية .

2- ألا يكون الشخص المتوفى قد أوصي حال حياته بعدم إستئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

المادة (6): يجوز بناء علي توصية لجنة طبية من ثلاثة أطباء إختصاصيين علي الأقل ، نقل عضو من جثة متوفى –

سواء أكان معلوم الشخصية أو مجهولها - لزرعه في جسم حي في حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته وذلك بعد موافقة وزير الصحة ، بشرط ألا يكون المتوفى قد إعترض علي النقل حال حياته أو يكون أقاربه المنصوص عليهم في المادة السابقة لم يوافقوا علي النقل بعد وفاته .

المادة (7): يحظر بيع وشراء أعضاء الجسم بأية وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل مادي عنهاويحظر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك .

المادة (8): يتم إجراء عمليات إستئصال وزراعة الأعضاء البشرية في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض ، وفق الإجراءات والشروط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة .

المادة (9): يصدر وزير الصحة قرارا بتحديد الشروط والمواصفات الواجب توافرها في أماكن حفظ الأعضاء وتنظيم الإستفادة منها .

المادة (10): مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى ، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له، بالحبس وبغرامة لا تزيد علي ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين وتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم النهائي في الجريمة الأولي .

المادة (11): يصدر وزير الصحة القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون .

المادة (12): على الوزراء -كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

أمير دولة البحرين

عيسى بن سلمان آل خليفة

صدر في قصر الرفاع

بتاريخ: 18 صفر 1419 هـ الموافق: 13 يونيو 1998 م

البحرين

ملحق رقم (9)

مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية

بعد الديباجة

المادة (1): للأطباء الاختصاصيين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من شخص حي أو جثة متوفي وزرعها في جسم شخص آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة (2): يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا ويكون التبرع أو الوصية صادر بموجب إقرار كتابي موقع منه ذلك.

المادة (3): لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان هو العضو الأساسي في الحياة حتى ولو كان بموافقة المتبرع.

المادة (4): يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المحتملة والمؤكدة المترتبة على استئصال العضو المتبرع به وتتم الإحاطة من قبل فريق طبي مختص وذلك بعد إجراء فحص شامل للمتبرع. ويجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط.

المادة (5): يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي بشرط الحصول على موافقة أقرب الأقارب حتى الدرجة الثانية وذلك بالشروط الآتية:

يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي بشرط الحصول على موافقة أقرب الأقارب حتى الدرجة الثانية وذلك بالشروط الآتية:

1-التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب اختصاصي في الأمراض العصبية على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المتفذ للعملية.

2-أن لا يكون للشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه.

المادة (6): يجوز في غير الحالات المنصوص عليها في هذا القانون نقل عضو من جثة متوفي لزرعها في جسم حي في حاجة ضرورية لهذا العضو لإنقاذ حياته وذلك بناء على قرار يصدر من لجنة مشكلة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل يحدد مدى حاجة المريض لهذا العضو لإنقاذ حياته وذلك قبل إجراء عملية النقل.

المادة (7): يحظر بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضى أي مقابل مادي منها. ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك.

المادة (8): يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض وفق الإجراءات والشروط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة.

المادة (9): يصدر وزير الصحة قرارا بتحديد الشروط والمواصفات الواجب توافرها في شأن حفظ الأعضاء وتنظيم الاستفادة منها.

المادة (10): يتم نقل الأعضاء بين الدول العربية وفقا للإجراءات التي يتفق عليها فيما بينها.

المادة (11): العقوبات، وتحدد بالقوانين. تحدد كل دولة العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام هذا القانون وفقا لقوانينها.

ملحق رقم (10)

مجلس وزراء الصحة العرب

الأمانة الفنية

محضر اجتماع وتوصيات اللجنة الفنية لنقل وزراعة الأعضاء الجسمية للإنسان

تونس 16-1986/12/18

تنفيذا لقرار المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الصحة العرب رقم 19 الصادر عن الدورة 39 التي عقدت بدولة الكويت خلال الفترة 1-1986/10/3.

عقدت اللجنة الفنية لنقل وزراعة الأعضاء الجسمية للإنسان اجتماعها بمقر جامعة الدول العربية في الجمهورية التونسية خلال الفترة من 16 إلى 1986/12/18 وشارك في أعمال اللجنة كل من:

1-الجمهورية التونسية: الأستاذ محمد فخر الدين عبدالعال، مدير التشريع والنزاعات بوزارة الصحة، الدكتور الطيب بن عبدالله، مستشفى شارل نيكول قسم أمراض الكلى.

2-الجمهورية العراقية: الأستاذ جابر مهنا شبل، المستشار القانوني بوزارة الصحة.

3-دولة الكويت: الأستاذ محمد يحيى أبو الفتوح، المستشار القانوني بوزارة الصحة العامة.

4-الأمانة الفنيةى لمجلس وزاره الصحة العرب: الدكتور فاروق الحربي، مدير إدارة شئون الصحة والبيئة، الدكتور بلال سمارة إخصائي بإدارة شئون الصحة والبيئة.

5-الإدارة العامة للشئون القانونية بجامعة الدول العربية: الأستاذ محمد سليمان، مدير بالإدارة العامة للشئون القانونية.

في بداية أعمالها اختارت اللجنة السيد محمد خير الدين عبدالعال رئيسا لها.

وبعد أن اقرت جدول اعمالها الذي استمد من القرار رقم (19) للمكتب التنفيذي بدورته (49) فإنها تتقدم للمكتب التنفيذي المقترح التالي:

استعرضت اللجنة القوانين والتشريعات التي تلقتها الأمانة العامة الفنية من وزارات الصحة وهي:

القانون المؤقت رقم (23) لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الصادر في المملكة الأردنية الهاشمية.

الأمر المؤرخ في 19 يوليه (تموز) 1951 الذي يقضي بالترخيص في المستشفيات بأخذ أعضاء من الأشخاص المتوفين الصادر في الجمهورية التونسية.

القانون رقم (31) لعام 1972 الخاص بنقل الأعضاء والمرسوم التشريعي رقم 15110226 /1952 الخاص بالسماح بالاستفادة من قرنيات الموتى وكذلك نسخة من المرسوم التشريعي الخاص بطلب تعديل بعض احكام القانون المشار إليه الصادر في الجمهورية العربية السورية.

قانون الأعضاء والأنسجة البشرية لعام 1978 ومشروع قانون نزع العضو أو جزئياته من الإنسان الحي أو الميت للأغراض الطبية أو العلمية أو التعليم الطبي.

ومقتطفات من قانون العقوبات لعام 1983 الصادرة في جمهورية السودان والقانون رقم 85 لسنة 1986 بشأن عمليات زرع الأعضاء البشرية الصادر في الجمهورية العراقية.

القانون رقم (7) لسنة 1983 في شأن زراعة الكلى للمرضى ومذكرته الإيضاحية وكذلك الفتوى رقم 79/132 والفتوى رقم 81/87 الصادرة في دولة الكويت.

وبعد مناقشة ما جاء في هذه القوانين والمراسيم التشريعية ولاسيما الفتاوى الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت، تتقدم اللجنة بمشروع القانون الاستشاري التالي لتنظيم نقل وزراعة الأعضاء الجسمية في الوطن العربي.

ملحق رقم (11)

توصيات وقرارات الندوة الفقهية الطبية السادسة

المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23 – 26 أكتوبر 1989م

بالتعاون بين المنظمة

الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي

البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة:

عرضت الندوة للتوصيتين الثالثة والرابعة المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت في الفترة من 20- 23 شعبان 1407هـ الموافق 18 – 1987/4/21م ونصها: مصير البيضات الملقحة.

-إن الوضع الأمثل في موضوع (مصير البييضات الملقحة) هو أن لا يكون هناك فائض منها، وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الاحتفاظ بالبييضات غير الملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد. وتوصي الندوة ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي لا يسبب فائضاً، فإذا روعي ذلك لم يحتج إلى البحث في مصير البييضات الملقحة الزائدة.

-أما إذا حصل الفائض، فترى الأكثرية أن البييضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم، وأنه لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة.

-ويري البعض أن هذه البيضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى وفيما بين إعدامها أو استعمالها في البحث العلمي، أو تركها لشأنها للموت الطبيعي يبدو أن الاختيار الأخير أخفها حرمة، إذ ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة.

-واتفق الرأي على تأكيد التوصية الخامسة في (ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام) من تحريم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، وأنه لابد من اتخاذ الاحتياطيات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البييضة الملقحة في حمل غير مشروع، وكذلك تأكيد التوصية الرابعة من ندوة الإنجاب أيضاً بشأن التخدير من التجارب التي يراد بها تغيير فطرة الله أو استغلال العلم للشر والفساد والتخريب، وتوصي الندوة بوضع الضوابط الشرعية لذلك.

ملحق رقم (12)

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة

قرار رقم (6/6/57) بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمر السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 – 23 شعبان 1410هـ الموافق 14 – 20 مارس 1990م.

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 – 26 ربيع الأول 1410هـ الموافق 23 – 26 /1989/10، بالتعاون بين المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

وبعد الاطلاع على التوصيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت 20 – 23 شعبان 1407هـ / 18 – 1987/4/21م بشأن مصير البييضات الملقحة، والتوصية الخامسة للندوة الأولى للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت 11 – 14 شعبان 1403 هـ/ 24- 1982/5/27م في الموضوع نفسه. قرر:

1-في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البييضات غير ملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البييضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البييضات الملقحة.

-إذا حصل فائض من البييضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

3-يحرم استخدام البييضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطيات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البييضة الملقحة في حمل غير مشروع.

ملحق رقم (13)

فتوى دائرة الشئون الإسلامية والعمل الخيري بدبي

إدارة الإفتاء والبحوث مسائل في التلقيح الصناعي

1- ما حكم الأجنة المجمدة؟

2-مدى جواز استعمال خلايا الجنين الذي يثبت عدم صلاحية زرعه في رحم الأم؟

4-ما المدة التي يجوز فيها تفريغ رحم الأم من الجنين المزروع من تاريخ زراعة الجنين في الرحم؟. وما مدى جواز تفريغ رحم الأم من الجنين المزروع إذا تبين خطورته على صحة الأم.

الجواب وبالله التوفيق:

هذه المسائل من الأمور المستحدثة التي لم تكن معروفة لدى الفقهاء سابقاً غير أنها تدخل في قواعد الشرع العامة وقد ناقشت المجامع الفقهية الكثير منها، وفي كثير منها صدرت فتاوى من القسم بالدائرة، ونحن نناقش هذه المسائل التالية في ضوء ذلك ونجيب عنها على النحو التالي:

1-الأجنة المجمدة بعد أخذ عينة منها وزرعها في رحم الزوجة بعد مرحلة الإخصاب لا يجوز الاحتفاظ بما بقى منها لما في ذلك من المحاذير الشرعية، بل تترك حتى تموت بنفسها كما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم 55.

2-إذا دخل عنصر ثالث غير الزوجين في مسألة التلقيح الصناعي، يجعل التلقيح محرماً شرعاً، وإن كان العنصر الثالث زوجة ثانية له، لما في ذلك من اختلاط الأمر على الوزجين، واختلاط الأنساب من جهة الأم، إذ قد تحمل هذه الزوجة ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقحية من معاشرة الزوج لها في فترة مقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البييضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد يموت علقة أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضاً أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوجة، كما بين ذلك المجمع الفقهي الإسلامي في قراره الثاني من دورته الثامنة، وخلص إلى تحريم كل تلقيح يجري مع غير الزوجين صاحبي الماءين.

3-يتم تفريغ رحم الأم من الجنين المزروع في الرحم إذا قرر الأطباء اكتماله وذلك في حدود فترات الحمل المعروفة لدى الفقهاء، وهي قد تختلف من امرأة لأخرى، والقرار في هذا يعود لأهل الاختصاص من الأطباء، فهم أهل الذكر في هذه المسألة.

4-تفريغ رحم الأم من الجنين المزروع يجوز في بعض الصور ويمتنع في أخرى.

فإذا كان بعد نفخ الروح فيه، وذلك بعد أربعة أشهر، فلا يجوز إسقاطه بحال إلا إذا كان بقاؤه يشكل خطراً محققاً على حياة الأم.

الملحق رقم (14)

مضمون قرار هيئة كبار العلماء في السعودية

رقم 99 وتاريخ 1402/11/6هـ بشأن زرع الأعضاء

المملكة العربية السعودية

رئاسة إدارات البحوث العلمية

والإفتاء والدعوة والإرشاد

الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء

قررد المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى نفسه إذا دعت الحاجة إليه وآمن الخطر في نزعه وغلب على الظن نجاح زرعه. كما قرر بالأكثرية ما يلي:

1-جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه.

2-جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك.

وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وسلم

هيئة كبار العلماء

الملحق رقم (15)

قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي

القرار الأول

بشأن موضوع زراعة الأعضاء

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405هـ إلى يوم الاثنين 7 جمادي الأولى 1405هـ الموافق 19-28 يناير 1985م قد نظر في موضوع أخذ بعض أعضاء الإنسان وزرعها في إنسان آخر مضطر إلى ذلك العضو، لتعويضه عن مثيله المعطل فيه، مما توصل إليه الطب الحديث، وأنجزت فيه إنجازات عظيمة الأهمية بالوسائل الحديثة، وذلك بناء على الطلب المقدم إلى المجمع الفقهي من مكتب رابطة العالم الإسلامي في الولايات المتحدة الأمريكية.

واستعرض المجمع الدراسة التي قدمها فضيلة الأستاذ الشيخ عبدالله بن عبد الرحمن البسام في هذا الموضوع، وماجاء فيها من اختلاف الفقهاء المعاصرين في جواز نقل الأعضاء وزرعها، واستدلال كل فريق منهم على رأيه بالأدلة الشرعية التي رآها.

وبعد المناقشة المستفيضة بين أعضاء مجلس المجمع، رأى المجلس أن استدلالات القائلين بالجواز هي الراجحة، ولذلك انتهى المجلس إلى القرار التالي:

أولاً: إن أخذ عضو من جسم إنسان حي، وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد إذا توافرت فيه الشرائط التالية:

1-أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضررا يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر غير جائز شرعا.

2-أن يكون إعطاء العضو طوعا من المتبرع دون إكراه.

3-أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.

4-أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققا في العادة أو غالبا.

ثانيا: تعتبر جائزة شرعا بطريق الأولوية الحالات التالية:

1-أخذ العضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان آخر مضطر إليه، بشرط أن يكون المأخوذ منه مكلفا وقد أذن بذلك حالة حياته.

2-أن يؤخذ العضو من حيوان مأكول ومذكي مطلقاً، أو غيره عند الضرورة لزرعه في إنسان مضطر إليه.

3-أخذ جزء من جسم الإنسان لزرعه أو الترقيع به في جسمه نفسه، كأخذ قطعة من جلده أو عظمة لترقيع ناحية أخرى من جسمه بها عند الحاجة إلى ذلك.

4-وضع قطعة صناعية من معادن أو مواد أخرى في جسم الإنسان لعلاج حالة مرضية فيه كالمفاصل وصمام القلب وغيرهما، فكل هذه الحالات الأربع يرى المجلس جوازها شرعا بالشروط السابقة.

الملحق رقم (16)

قرار المجمع الفقهي الإسلامي بشأن زرع الأعضاء

قرار رقم (1) د88/08/4

بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 18-23 جمادي الآخرة 1408هـ الموافق 6-11 فبراير 1988م.

بعد إطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا".

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة والمشوبه في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن مارسته دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان، مع إعمال مقصاد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبة للفرد والجماعة، والداعية إلى التعاون والتراحم والإيثار.

وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتنضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعا لها. قرر ما يلي:

من حيث التعريف والتقسيم:

أولا: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان من أنسجته وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين، سواء أكان متصلاً به، أم انفصل عنه.

ثانيا: الانتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت اليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

ثالثاً: تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التاليى:

1-نقل العضو من حي.

2-نقل العضو من ميت.

3-النقل من الأجنة.

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية:

أ-نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

ب-نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر، وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فرديا، وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكبد، والثاني كالكلية والرئتين.

وأما ما لا تتوقف عليه الحياة، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه ما لا يقوم بها. ومنه ما يتجدد تلقائيا كالدم، ومنه ما لا يتجدد ومنه ماله تأثير على الأنساب والموروثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

-الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه طبيا.

-الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه طبيا.

فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دروته الثالثة.

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات:

-حالة الأجنة التي تسقط تلقائيا.

-حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

-حالة اللقائح المستنبتة خارج الرحم.

من حيث الأحكام الشرعية:

أولا: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسيا أو عضويا.

ثانيا: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا، كالدم والجلد، ويراعة في ذلك اشتراك كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثا: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعا: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامسا: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفه أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءا من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادسا: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفي مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعا: وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذلك المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامنا: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الأحاديث النبوية:

أبي الحسين بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية – القاهرة 1955.

البخاري

المستدرك

البيهقي

سنن ابن ماجه

سنن أبي داود

صحيح البخاري بحاشية السندي، ط دار إحياء الكتب العربية.

شهاب الدين ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة والنشر- بيروت.

الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، القاهرة، 1971.

ثالثاً: المراجع الفقهية:

ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ/ 1988م.

ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، القاهرة، 1381هـ ومؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1407هـ/1986م.

ابن القيم، كتابه الروح، دار الكتاب العربي.

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، المطبعة السلفية

ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق

ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ/2000م

ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت.

أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الولاية على النفس، دار الفكر العربي - القاهرة 1974.

أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة.

أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة.

أبي الفضل عياض بن موسى السبتي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، دار التراث.

أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1989.

أحمد الكبيسي، الوجيز في قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته بغداد مطابع التعليم العالي، 1990.

أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق د. عبد الستار أبو غدة، دار العرب، 1403هـ.

أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار الحلبي. وكذلك دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1415هـ/1995م، تحقيق وضبط: محمد عبد السلام شاهين.

الباروني، شرح العناية على الهداية.

الدسوقي، حاشية الدسوق على الشرح الكبير ، القاهرة، 1343هـ.

الرملي – نهاية المحتاج.

سيد قطب، في ظلال القرآن، مطبعة دار الشروق، 1978م.

السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983

الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت.

شهاب الدين ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار صادر، بيروت، لبنان، 1315هـ.

الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، قضايا إسلامية معاصرة، الفقه الإسلامي مرونته وتطوره، سلسلة البحوث الإسلامية، الكتاب الأول، 1989.

الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، بيروت، دار المعرفة، ط2، 1393هـ

الطب النبوي، ابن القيم الجوزية.

الطحاوي، حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح وشرح نور الإيضاح، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ

علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، ط2.

الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الرشاد. وكذلك طبعة دار المعرفة، بيروت.

فخر الدين محمد عمر الرازي، التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3.

القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سعيد البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، 1423. وكذلك دار الغد العربي.

الكمال ابن همام، فتح القدير شرح الهداية، القاهرة، 1356هـ المجلد السابع.

مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق نجيب هواويني، كارخانة نجارت كتب.

محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ب.ت.

محمد بن حزم الظاهري، المحلي، دار التراث.

محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت

محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997

النووي، المجموع شرح المهذب، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية.

وهبة الزحيلي، نظرية الضمان لأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر.

وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4.

يوسف القرضاوي من هدي الإسلام، فتاوى معاصرة، دار الوفاء، المنصورة، ط1، سنة 1993.

رابعاً: المراجع الحديثة:

إبراهيم اليعقوبي، شفاء التباريج والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، مكتبة الغزالي، دمشق، ط1، 1407هـ/1986م.

أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا الإيدز وألتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1994

أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، 1407هـ/1987م.
أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطلب الحديث لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
أحمد شوقي عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، المنصورة، 1976.
أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، بنغازي.
أحمد محمد العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، جامعة القاهرة، 1997.
أحمد محمد سعد، زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين اقوال الاطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006
أحمد محمود إبراهيم، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 1983.
أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1986.
أحمد محمود سعد، مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983.
أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1985.

أحمد يسري إبراهيم، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المُترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دار طيبة، مكة المكرمة، 1426هـ/2005م

إسماعيل عبد الحميد، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر، القاهرة، ط1 ، 2000م

أشرف جابر، التأمين عن المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

بدر أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع جامعة الكويت، 1983.

بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، بيروت، ط1، 1984.

جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، القاهرة.

جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ط1، 1994

جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1999.

حامد أحمد حامد، الآيات العجاب في رحلة الإنجاب، طبع دار القلم
حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، جامعة عين شمس، 1975.
حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988.
حسن بن علي السقاف، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1989م
حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط5، 1974، بند 209.
حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دار الثقة للنشر، عمان، ط1، 2001.
حسني محمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م
حسنين إبراهيم عبيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
حشام الدين الأهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988.
حمدي عبد الرحمن، أثر التطورات الطبية الحديثة على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فكرة الحق، دار الفكر العربي، 1979.

خالد بن علي المشيقح، المسائل الطبية والمعاملات المالية المعاصرة، القسم الثاني، من دروس الدورة العلمية بجامع الراجحي ببريدة لعام 1425هـ

خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط4، 1984.

رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 1976.

رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت، 1993.

زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تقديم ومراجعة الشيخ عبد العزيز الخياط، طبع دار البيارق.

سعاد سطحي، نقل الأعضاء البشرية، مؤسسة الرسالة، ط1، 1428هـ/2007م

سعد سالم العسبلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، جامعة قاريونس، بنغازي، 1994.

سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.

سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار صبح للطباعة والنشر بيروت، ط1، 1999. وكذلك دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
السيد زين الدين بن علي الجبعي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، دار الكتاب العراقي.
صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997.
طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001.
عارف علي عارف، الأم البديلة، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة
عارف على، مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية، بغداد، 1991.
عبد الحكيم فوده، التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.
عبد الحميد إسماعيل الانضاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000.
عبد الحميد الشواربي، المسائل الجنائية في الطب الشرعي، دار المعارف، الإسكندرية
عبد الحميد الشواربي، مسئولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 2000.

عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 2000.

عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1970.

عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1964.

عبد الرحمن بن سليمان المعروف بشيخ زاده، ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر، دار السعادة.

عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1997

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، ط3، 1956.

عبد الرزاق توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990.

عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1986.

عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري، والمصري والفرنسي، دمشق 1966.

عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دراسة مقارنة، دار المنار، ط1، 1408هـ/ 1988م

عبد السلام على المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون (نظرية الحق)، منشورات الجامعة المفتوحة- طرابلس، 1994.

عبد الفتاح محمود ادريس، حكم التداوي بالمحرمات، ط1، 1993.

عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ط5، 1968.

عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ط3، 1420هـ

عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطار المهنية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط1، 1987.

عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1، 1997.

عبد المنعم فرج المصده، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.

عبد المنعم فرج المصده، مبادئ القانون، دار النهضة، القاهرة، 1977.

عبد الوهاب عمر البطراوي، بحوث جنائية حديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1996.

عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996.

عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ط2، 1988.

عصمت الله محمد عناية الله، الانتفاع بأجزاء الآدمي في الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، 1408 .

عطا السنباطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1421.

عقيل العقيلي، حكم نقل الأعضاء، مكتبة الصحابة، جدة ، 1992.

علي حسين نجيده، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1974.

عمر بن محمد بن أحمد أبو حفص النسفي، طلبة الطلبة، مطبعة العامرة، مكتبة المثني، بغداد.

عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، طبعة دار النفائس، الأردن، ط1، 1421هـ/2001م

عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، ط1، 1996.
فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
كمال الدين جمعة بكرو، حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية، دار الخير، بيروت، ط1، 2001/1422
مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة 1989.
مجدي حسن خليل، الحماية القانونية لأتعاب الطبيب الحر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.

محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثه إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.

محمد السعيد الرشيدي، الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995.

محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، القاهرة، ط1، 1990م

محمد برهان الدين السنبهلي، قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، 1408هـ/1988م

محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الحديثة للنشر، القاهرة، 1989. وكذلك دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001. وكذلك دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الاردن، ط2، 2004

محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1981.

محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، بنغازي، 1972.

محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، بنغازي،1972.
محمد شتا أبو سعد، الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، غير مذكور سنة النشر.
محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، 1983، القاهرة، ص100.
محمد عبد المقصود حسن، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
محمد عبد الوهاب الخولي، المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستخدمة في الطب والجراحة، سنة 1997.
محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي (نظرة إلى الجذور)، طبع الدار السعودية
محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، ط1، 1994
محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990
محمد علي البار، زهير أحمد السباعي، الطبيب أدبه وفقهه، طبع دار القلم
محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990، وكذلك مطبوع ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الثانية. العدد الثاني. الجزء الأول 1407هـ - 1986م

محمد محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1415هـ/1994م

محمد نجيب عوضين، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، دار النشر الذهبي، القاهرة، 1999.

محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهة في قضايا طيبة معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط3، 2000.

محمد نور الدين مكي، أدلة تحريم نقل الأعضاء الآدمية، طبعة 1995.

محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الجزء الأول، النظرية العامة للإلتزام.

محمود السيد الخيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2001.

محمود السيد خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2001.

محمود النسيمي، الطب النبوي والعلم الحديث، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1996 م

محمود دمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، 1978.
محمود محمد عوض سلامة، حكم نقل الأعضاء من الميت إلى الحي دراسة مقارنة، 1998
محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1962.
محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1982.
مصطفى الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث القاهرة، ط1، 1993.
مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، ب.ت.
مصطفى محمد الذهبي، نقل الأعضاء بين الطب والدين، دار الحديث، القاهر ة، ط1، 1414هـ/1993م
منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1994. وكذلك دار الشئون الثقافية، بغداد، ط1، 1990.
مهند صلاح العزه، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002.
الموسوعة العربية العالمية السعودية، مؤسسة أعمال الموسوعة العربية لعام 1996م، الرياض

ندى الدقر، موت الدماغ بين الطب والإسلام، دار الفكر، دمشق.

هيثم حامد المصاروه، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج، عمان، ط1، 2000.

وجيه محمد خيال، المسئولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، مكتبة هوزان، السعودية، ط1، 1996.

ياسين الطيب، ثبوت النسب، دار البيان العربي جدة، ط1، 1987.

خامساً: المراجع اللغوية:

ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1979م.

السيد محمد مرتضى الزبيدي الحنفي، تاج العروس في جواهر القاموس

عبد الله الستاني، الوافي (معجم وسيط اللغة العربية)، مكتبة لبنان، بيروت، 1980.

المعجم الوسيط، طبعة دار إحياء التراث.

سادساً: الأبحاث والرسائل العلمية:

أحمد عبد الله محمد الكلدري، نقل وزراعة الأعضاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.

أحمد علي ناصف، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.

أحمد محمد العمر، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الإباحة التحريم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.

حسين زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص314.

الحقائق الطبية حول قتل "مرضى الغيبوبة" لجني أعضائهم تحت الزعم بأنهم موتى مخ أو حديثو الوفاة، بحث لمجموعة من الأطباء بكليات الطب في الجامعات المصرية.

رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010م.

سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.

سمر الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1997.

شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد البييضات بين الطب والشرع، بحث غير منشور

عبد الراضي هاشم، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.

محمد أسامة عبد الله، المسئولية الجنائية الأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

محمد البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي.

محمد سامي السيد، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،1986.

محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1966.

محمد عبد الله محمد، موانع المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، سنة 1989

هدى سالم الأطرقجي، مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية، رسالة ماجستير منشورة، دار الثقافة للنشر والدار العلمية الدولية، عمان، ط1، 2001.

سابعاً: الدوريات والنشرات العلمية:

إبراهيم البطل، نقل وزرع القلب في التشريع العدى، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس، السنة 1987.

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 10 العدد 3، 1966.

إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة الكويت السنة الخامسة، العدد الثالث، يونيو 1981.

إبراهيم القطان، الإنجاب في ضوء الاسلام، مجلة البحوث الفقهية، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، الكويت.

إبراهيم علي محسن، نحو قانون لزراعة الأعضاء، محاضرة نظمتها الجمعية المصرية للقانون الدولي بتاريخ 10 أبريل 1996.

أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، العدد 120.

أحمد السيد شرف الدين، التقدم العلمي والاجتهاد في المجال الطبي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون سنة 1986.

أحمد محمد إبراهيم، مسؤلية الأطباء، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة.

آدم عبد الله بن علي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم الإنسان آخر حيًا أو ميتًا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع4 ، ج1، 1988.

الإنجاب المدعوم طبيا، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت، العدد السابع، شركة الغدير، بيروت، لبنان.

آية الله اليزدي، التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة فقه اهل البيت، العدد السابع

جاد الحق، نقل الأعضاء، مجلة الأزهر ج10، 1983م.

جاسم علي سالم، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول والثاني.

جلسة 18 يونيو 1960، جلسة 30 يونيو 1970، جلسة 23 مارس 1971، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة، العدد الأول والرابع.

خالد يونس، الموت الإكلينيكي بين الوهم والحقيقة، مجلة مكتوب، مدونات، الزاوية الحرة، عدد الثلاثاء 20 مارس 2007.

رياض الخاني، المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري، المجلة الجنائية، العدد الأول، مارس 1971، المجلد 13.
زراعة الأجنة، بحث منشور في مجلة الإسلام، العددان 231، 232، سنة 1998
سامي عزيز، زرع الكبد، مجلد الدوحة، العدد 113 مايو 1985.
الشيخ محمد متولي الشعراوي في تفسير الشعراوي، المجلد السابع، أخبار اليوم.
طعن مدني رقم 23/50 – جلسة، 1987/6/4، مجلة المحكمة العليا السنة الخامسة عشر العدد الثاني.
عامر هاشم جعفر، الأجنة المجمدة، مجلة العربي الكويتية، العدد 312 مايو 1982.
عبد الرحمن النجار، مشروعية نقل الكلى وموقف الإسلام منها، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1978.
عبد السلام العبادي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر أحياً كان أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، 1405هـ
عبد العزيز المراغي، مسئولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد العشرون.
عبد القادر محمد الغماري، نهاية الحياة وأعمال ندرة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
عبد الله بن زيد أل محمود، الحكم الاقناعي في ابطال التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي العدد الثامن عام 1998

عبد المحسن صالح، مستقبل الاخصاب خارج الرحم، بحث منشور في مجلة العربي العدد224.

عبد الهادي العطافي، صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الانجليزي والتقنين المدني السوداني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1974.

فتاوى الأزهر، ندوة نقل الكلى والكلى الصناعية المنشورة في المجلة القومية الجنائية العدد الأول – مارس 1978-.

الفتوى رقم (492) منشورة بمجلة الأزهر، 1368هـ.

فتوى لجنة الأزهر، منشورة بمجلة الأزهر، المجلد (20).

فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ 1984/4/11، الموافق 1404/7/1.

فتوى لجنة البحوث الفقهية بمجمع البحوث الإسلامية في اجتماعها في 16 يونيو 1992

فتوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية بتاريخ 18 صفر 1402هـ الموافق 14 ديسمبر 1981

فتوى مجمع الفقه الإسلامي العالي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الرابع المنعقد في مدينة جدة (18-23 جمادي الآخر 1408هـ - الموافق 1988/11/6م)، القرار رقم (1) د. 88/8/4 . وقرار (رقم1) د 4/ 88/08

كمال الدين بكرو، مدى ما يملك الإنسان من جسمه، مجلة الفقه الإسلامي، بيروت، السنة الخامسة 1993.

مجلة المجمع الفقهي، تراث المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الاولى حتى الدورة الثامنة، 1985

مجلة المحامون، عدد 7، 12 لعام 1973، ص333 – 334.

محسن البيه، التضامن والتضامم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 13، العدد 4، ديسمبر 1989.

محسن عبدالحميد إبراهيم، التضامم والتضامن في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 13، العدد 3 سبتمبر 1989، والعدد، 4 ديسمبر 1989.

محضر اجتماع لجنة تعريف الموت بتاريخ 27-3-1986.

محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، العدد (18) سنة 1996.

محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد4، 1988م

محمد شوقي إبراهيم، موقف القرآن الكريم من طفل الأنبوب، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 167، ذو القعدة، 1398هـ

محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد2، مجلد1.

محمد علي السرطاوي، حكم التشريح وجراحة التجميل في الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات، ج 12، ع3.

محمد ياسين، بحث في بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة 1987.

محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959.

مقالة – نشرت بجريدة المحرر – بعنوان: "كلى وقلوب وعيون للبيع" في القاهرة، العدد 264 – 22، الاثنين 8-آب-1994.

منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة الكويت: السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981.

هاشم جميل عبد الله، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية مجلة الرسالة الإسلامية، بغداد، القسم الثاني العدد 229، يوليو 1989.

هاشم جميل عبد الله، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الرسالة الإسلامية، مجلة شهرية تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الدينية في العراق، العدد 212 سنة 1988. وأعداد عدد 230، 231، السنة 22 يوليو 1989.

يوسف القرضاوي، رأي في موضوع زرع الأعضاء، مجلة الفكر الإسلامي العدد 12، السنة 18 يناير 1989.

يوسف القرضاوي، رد فقهي على سؤال، مقال منشور في مجلة العربي، عدد 232.

ثامناً: الندوات والمؤتمرات

أعمال ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، الكويت، ربيع الثاني 1405هـ

باتريشيا مارشال، وضع إرشادات أخلاقية لأبحاث التكاثر البشري، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي، 1991م.

التوصيات الصادرة عن المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي والذي عقده المركز الدولي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر في الفترة من 10 - 13 ديسمبر 1991م.

توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الأنابيب، بحث مقدم لندوة طفل الأنابيب، الجمعية المصرية للطب والقانون .

صفوت حسن لطفي، أسباب تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية، كتيب غير منشور وزع على المشاركين في ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين في كلية الحقوق بجامعة القاهرة في نوفمبر 1993.

عبد الله حسن باسلاما، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، بحث مقدم لأعمال ندوة الرؤية الإسلامية التابع للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية بتاريخ 18 أبريل 1987م. .

عبدالله مبروك النجار، مدى مشروعية إنشاء بنوك الجلود البشرية في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للندوة الفقهية الطبية الثامنة المنعقدة في دولة الكويت في الفترة من 12 – 14 مايو 1995.

القرار (رقم5) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان من 8-13 صفر 1407هـ/11-16 أكتوبر 1986م

المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري الصادر عن المركز الدولي الإسلامي للبحوث السكانية - الحلقة السابعة - طرق العلاج الحديث للعقم بين ا لممارسة والبحث

محمد سيد، طنطاوي، حكم بيع الإنسان لعضو من أعضائه أو التبرع به، بحث مقدم إلى ندوة الرؤية الإسلامية، الكويت 1987 .

المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، الندوة المنعقدة بتاريخ السبت 20 شعبان 1407هـ- الموافق 18 إبريل 1978م إشراف عبد الرحمن عبد الله العوضي.

يوسف القرضاوي، زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، ندوة عقدت في 23 أكتوبر 1980 في الكويت.

يوسف قاسم، الأسباب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، ندوة علمية نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، القاهرة، نوفمبر، 1993.

تاسعاً: القوانين والقرارات والتوصيات:

بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية تاريخ 30 أبريل 1997.

الدستور الطبي "واجبات الطبيب وآداب المهنة" من مجموعة تشريعات المتعلقة بنقابة ألأطباء الأردنيين

القانون المدني المصري وفقا لآخر تعديلاته، دار ملتقى الفكر، الاسكندرية، 2000.

القانون رقم (4) لسنة 1982، انظر الجريدة الرسمية العدد (70) لسنة 1982.

قرار دائرة الإفتاء العام رقم (1) لسنة 1988.

قرار رقم واحد من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 6-11 فبراير، 1988.

قراره رقم (5د) بتاريخ 1986/7/3م.

قررات مجمع المجلس الفقهي.

ياسين دركزلي، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية.

عاشراً: مواقع الانترنت:

بنوك الأجنة المجمدة :عماد عطا الله

http://www.newmj.com/?page=magazine&id

13&cat=11&title=218

حسين محمد مليباري، نحو تعريف الموت في المفهوم الطبي والشرعي

http://www.islamset.com/Arabic/abioethics/death/

moot/malbare.html

رأفت عثمان سعيد، استئجار الأرحام موقع: www.bab.com.

عبد الرحمن السويد، الوفاة الدماغية وأمور الإنعاش التنفسي والقلبي

http//www.werathah.com/special/islam/cpr.htm

عبد الفتاح محمود إدريس، تجميد الخلايا البشرية الزائدة عن حاجة النقل إلى الرحم.

http://jmuslim.naseej.com/Detail.asp?InNewsItemID=220303

عبد الهادي مصباح، قانون نقل الأعضاء ... ضرورة

http://abrokenheart.maktoobblog.com/?post=25807

عبير صلاح الدين، أرحام للبيع، بتاريخ 2001/5/17

.www.islamonline.net

كتاب الطريق الصحيح لتشخيص وعلاج العقم :د .لويس نجيب

http://www.layyous.com/book/chapter%206%20part3.htm

كتابة الخصوبة :د .رجاء منصور

http://www.khosoba.com/medical-guide/books/ragaa-mansour-fertility-book.htm

محمد خليل، مقال نشر على موقع جريدة الشرق الأوسط بعنوان علماء ومسلمون يختلفون حول الإجازة للتلقيح الصناعي

www.aawsat.com

مريض يطلب من طبيبه إنهاء حياته للتخلص من الألم

http://www.hmc.org.qa/hmc/healh/35th/15.htm

مقال بعنوان تأجير الأرحام بين الطب والسياسة

www.islamonline.net

منتدى دار مناقشات، مقال بعنوان المرأة ليست شقة للإيجار

www.motheer.net

ناهده البقصمي، موقف الدين من تكنولوجيا الإخصاب الصناعي

http://www.balagh.com/mosoa/feqh/0c1di0rr.htm

يوسف القرضاوي، جدل فقهي وطبي حول فتوى المجلس الأوروبي للإفتاء بجواز إنهاء حياة الميؤوس من شفائهم

http://www.elwaha-dz.com/din1.htm

موقع دار الإفتاء على شبكة الانترنت.

موقع: www.islamonline.net.

موقع: www.surrorgacy.com.

موقع: www.aleat.com

إحدى عشر: المراجع الأجنبية:

A charaf El – Din, these, paris, Op-cit

Brain stem Death, 2nd Edition, BMJ Publishing Group 1996.

Charles Vilar, L'evolution des responsabilite de dirurgien et de l'anesthesiste, R. T. 1974, surtout,

Christiab Byk: Transplantatiqn d'organes et Droit, Un Greffe Reuss, C.P. N. 23,4 Juin, 1997, Doctrine, 4026. No 1-2. Rene Savatier, op.cit, 2247, No5.

civ. I avril 1968, J.C.P. 1968 11, 155. 47, note rabat.

De cooman-van kan : L'insemination artifice-ielle Recommandation du conseil de l'europe et perspec tives de reglementation belge, (etude de droit compare) J.T. 1981-

De cooman-van kan : L'insemination artifice-ielle Recommandation du conseil de l'europe et perspec tives de reglementation belge, (etude de droit compare) J.T. 1981

Disposing of old embryos Nawsweek august 12. 1996. .

Doll (P.J): La discipline des greffes des transplantations op – cit.

Doll.op.cit, ladiscipline des greffes des Iransplansplantions .P.77.104.

Halbwachs: "Reflexion sur la causalite physique en les theories de la causalite th, paris, 1971

Hemard (J) Le consentemtent de la victime these, op.cit.,

Hernan. L.Fuenzalida, Puelm'a, Organ Transplantation the latin American Legislative Response, Booethics, Issues and perspectives
Judith Thomson, The right to Privacy, 4 phil & Pub, Affairs, 1975.
KARAQUILLO, Les responsibilities civiles medicales docoulant de l'acte d'anesthesie D, 1974, p. 138, surtout, no.5.
M. Francine Soubiran, Queiques reflexions suscitees par l'exercise de la medicine au sein d'un groupe ou d'une equipe, j.c.p 1976, 1 doctrine, 2830, no. 1.
Malherbe, Medecine et Droit Moderne, Lyon, 1968,.
Mary Taylor Danforth, Cells, and Royalties, Yale and Policy Review, Volume (6), No (1) 1988,.
Mary Taylor Danforth, Ibid,.
Mazeu et Tunc: "Theorique et pratique et partique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle" 6e ed., 1965, I,
Pallis C. Harley DH- The Position of United States and else Where, in ABC.
Penneau: La responsabilite medicale, ed, sitey, 1977, Paris,.
Pradel : Droit penal general, T .I. 1981, ed. Cujas, Paris,.
Ruth Macklin, Mortal choices, Bioethics in Today's World, Pantheon Books, Random House, Inc New york, 1987, P (180 - 182) Charlotte.L.Levy, op. Cit.
Savatier les problemes juriques. Op-cit.
Severino : La Lesione consensuaie per innesto chirur – gico,col.
Verpoll palmer: "Trois principes de la responsabilite sans faut" R.I.D.C. 1987, A,

فهرس المحتويات

الموضوعات

أولا: حق الإنسان على جسده، حق غير مالي:
ثانيا: حق ذو طبيعة مزدوجة:
ثالثاً: حق لا يجوز التصرف به:
رابعاً: حق غير خاضع لأحكام التقادم:
خامساً: حق لا ينتقل بالإرث:
سادسا: حق يحتج به على الكافة:
6- تشريعات نقل وزراعة الأعضاء البشرية
أولاً: ليبيا:
ثانياً: سوريا
ثالثاً: الأردن
رابعاً: لبنان
خامساً: الكويت
سادساً: العراق
سابعاً: الإمارات العربية المتحدة
ثامناً: تونس

تاسعاً: قطر
عاشراً: البحرين
المبحث الثالث: العضو البشري بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
1- مفهوم العضو البشري في الشريعة الإسلامية
أولاً: تعريف العضو في البشري في الشريعة:
ثانياً: تقييم العضو البشري في الشريعة الإسلامية:
2- مفهوم العضو البشري في القانون الوضعي
أولاً: تعريف العضو البشري في القانون:
ثانياً: تقسيم الأعضاء البشرية في القانون
ثالثاً: تقييم العضو البشري في القانون الوضعي

الفصل الثاني: الأسس الشرعية والقانونية لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني لإباحة العمليات الطبية على جسم الإنسان
1- أساس الإباحة في الشريعة الإسلامية
أولاً: إذن المريض:
ثانياً: إذن الحاكم:
ثالثاً: قصد العلاج وتحقيق صلاح المريض:
رابعاً: إتباع الأصول الطبية والقواعد المتعارف عليها في علم الطب
2- أساس الإباحة في القانون الوضعي
أولاً: الترخيص بالعلاج:
ثانياً: رضاء المريض:
ثالثاً: قصد العلاج:
رابعاً: عدم وقوع إهمال:

المبحث الأول: موت دماغ ونقل الأعضاء إلى الأحياء
1- مفهوم الموت وعلاماته
أولاً: تعريف الموت:
ثانياً: علامات وشروط الموت:
2- مفهوم الموت الدماغي وحكمه
أولاً: تعريف الموت الدماغي:
ثانياً: حكم الموت الدماغي:
3- الإنعاش وحكم إزالة أجهزة الإنعاش
أولاً: حكم الإنعاش:
ثانياً: حكم وقف وإزالة أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً:
4- حكم نقل وغرس أعضاء الميت للإنسان الحي والتبرع بها
أولاً: جواز نقل الأعضاء من جثة الميت إلى الحي
ثانياً: عدم جواز نقل الأعضاء من جثة الميت إلى الحي: